

SENADO

SECRETARIA

SECRETARIA DE COMISIONES

XLIIa. LEGISLATURA
Segundo Período

CARPETA Nº 58 de 1985

DISTRIBUIDO Nº 294 de 1986

COMISION DE CONSTITUCION Y LEGISLACION

Julio de 1986

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Modificaciones de su Ley Orgánica

Versión Taquigráfica de la Sesión de la Comisión
de fecha 24 de julio de 1986
(Sin corregir)

Preside : Señor Senador Américo Ricaldoni

Miembros : Señores Senadores Gonzalo Aguirre Ramírez, Enrique Martínez Moreno, Pedro W. Cersósimo, Uruguay Tourné y Juan C. Fá Robaina

Invitados Especiales : Doctores Ramón Valdés Costa, Daniel H. Martins y Horacio Cassinelli Muñoz

---

25 x

SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 14 y 40 minutos)

En nombre de la Comisión, agradezco a los doctores Ramón Valdés Costa y Daniel Martins que hayan concurrido para tratar el proyecto de reforma de las normas que regulan lo Contencioso Administrativo de Anulación.

Desde luego, nos interesa vuestra colaboración, o sea, el aporte de las cátedras y de personas del renombre de ustedes, pero además, a nivel de la Comisión existe acuerdo respecto de la necesidad de dar solución a todos los problemas que se están planteando con la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de reflexionar sobre el tema.

SEÑOR VALDES COSTA.- Agradecemos a la Comisión que nos haya recibido a efectos de plantear la iniciativa que traemos.

Nos limitaremos a dar nuestra opinión con respecto a un punto muy concreto y no a hacer un comentario general sobre los proyectos que están a consideración de esta Comisión.

Analizando los proyectos de la Comisión, observamos que existían vicios a nuestro juicio muy importantes. Conversando en los Institutos de Finanzas Públicas de la Facultad y de Derecho Administrativo, que presido, junto con el doctor Martins resolvimos estudiar el aspecto que tiene que ver con el trámite que en definitiva debería establecerse para las acciones de devolución de lo pagado indebidamente.

Como se sabe, durante estos últimos años y con respecto a esta materia, la jurisprudencia ha sido vacilante dentro del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; se modificó varias veces en uno y otro sentido, predominando finalmente la interpretación de que esas acciones escapaban al ámbito de lo Contencioso Administrativo y que no se trataba de un acto procesal ante el Tribunal. Los proyectos que llegaron a la Comisión acogen esa jurisprudencia. Entonces, se planteó el problema de cuál será el trámite de esas acciones que, indudablemente, tienen un contenido de importancia para ambas partes.

Nosotros estudiamos el punto, no sólo desde el enfoque del Derecho Nacional, sino que recogimos antecedentes del Derecho Comparado y la Doctrina, elaborando los dos institutos, por unanimidad de sus integrantes, el proyecto que elevamos a la consideración de esta Comisión.

Si las acciones planteadas por lo pagado indebidamente van a ser de competencia del Poder Judicial, se plantean varios problemas jurídicos a los que creemos es indispensable darles una solución legal para evitar toda la controversia jurisprudencial de iniciación de acciones que terminan diciendo que el órgano no es competente.

Pensamos que si no es de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se debe establecer de quién va a ser; o sea, cuál va a ser el órgano competente y cuál el trámite, porque se plantea un problema acerca de la designación del órgano judicial competente, de cuál sería la vinculación entre esas acciones y el procedimiento administrativo previsto en el artículo 75 y siguientes del Código Tributario que establecen una presentación ante las oficinas recaudadoras, llenando determinados requisitos.

Entonces, surgieron varias dudas: ¿sigue vigente el artículo 75 del Código Tributario? ¿Es necesario hacer la gestión administrativa? Si fuera así, ¿por qué procedimientos se regirá y con qué plazo? ¿Esa acción es recurrible o no? Si es así, ¿lo es por las disposiciones del artículo 317 de la Constitución o por otro procedimiento?

También se plantearon dudas con respecto a si es necesario agotar la vía administrativa o no. El agotamiento de la vía administrativa está previsto en la Constitución como presupuesto para la iniciación de la acción de nulidad del contencioso; por lo tanto, parecería que no fuera obligatorio impugnar la decisión de la Impositiva en el caso que correspondiere iniciar la gestión ante esa oficina. Evidentemente, es un panorama que plantea problemas a los que que hay que darles una solución legal.

En el proyecto que hemos estructurado le damos la opción al acreedor para que inicie la gestión administrativa o la acción judicial pertinente, ya que no hay por qué eliminar la vía administrativa, puesto que en muchos

casos la gestión va a ser sencilla. Existen disposiciones en cuanto a la devolución prevista legalmente, como por ejemplo, en el caso de las aportaciones del IVA que no obligarían a la persona a iniciar juicio.

Es muy probable que existan casos en que haya coincidencia entre la Administración y el acreedor; en ellos, la acción judicial parece innecesaria. Pero ante posibles demoras de la Administración en pronunciarse sobre la devolución de lo cobrado indebidamente, nos pareció del caso darle la opción al interesado para que pueda recurrir directamente a la vía judicial.

Partiendo de esa base, los Institutos entendimos que lo más indicado sería declarar competentes a los órganos contenciosos administrativos por razones de especialización y el procedimiento tendría que ser como el de todas las legislaciones.

Deseamos señalar que todas estas soluciones cuentan con un respaldo importante de la doctrina y del Derecho Comparado; no se trata de soluciones surgidas en el momento en que se consideró este asunto.

Otro aspecto que entendemos debería ser considerado conjuntamente con éste, se refiere a la forma en que va a ser efectiva la devolución de lo que el Estado percibió indebidamente.

Al respecto, partimos de dos premisas que son totalmente admitidas en el Derecho Comparado. Una es que la devolución previa a las compensaciones que corresponden por otras deudas fiscales se efectúen en dinero y no en documentos, en certificados de crédito para descontar de posibles obligaciones, como lamentablemente es la practica corriente en la actualidad.

La otra es, a efectos de poner un poco al día nuestro derecho respecto a lo que dice la doctrina del Derecho Comparado, que la devolución se haga no sólo en efectivo, por el monto pagado indebidamente, sino con el pago de lo intereses correspondientes. Esta sería la contrapartida a aquella posición que establece que las obligaciones de los contribuyentes deben pagar fuertes recargos si se abonan fuera de tiempo; en este caso en que se pagó indebidamente, lo lógico es que el fisco devuelva esto

más los intereses correspondientes. Esta solución cuenta con un amplísimo apoyo doctrinario y del Derecho Comparado.

Adjuntamos dos anexos; uno en materia de doctrina, --que es el Anexo 1--, en que hay acuerdo entre los autores que hemos consultado; además, en materia de Derecho Comparado, hay ejemplos muy ilustrativos. Tienen su punto de partida en el Derecho Latinoamericano, en el modelo de códigos para América Latina que fue aprobado en el Uruguay por siete países Latinoamericanos que recogieron la solución de que se haga efectivo el pago de los respectivos intereses. El único país que no aceptó la solución fue el Uruguay, no se sabe bien por qué, a pesar de que en el anteproyecto elaborado en 1970 se incluía esa solución.

Esa solución se ha ido fortaleciendo; por ejemplo, el primer país que citamos, Bolivia, no solamente había recogido el problema en el precepto de la versión con pago de intereses, sino que en 1986 también resolvió la actualización de los créditos de acuerdo con los criterios de actualización corrientes. Brasil tiene la misma solución, así como Costa Rica, Ecuador, Perú, Venezuela, Argentina y Chile.

Quiere decir que la solución que se le propone a la Comisión cuenta con un amplio respaldo de la doctrina y del Derecho Comparado, especialmente, el latinoamericano.

Dentro del derecho europeo, no los citamos porque podría llegar a ser un poco excesivo. Por ejemplo, España acaba de dictar leyes que confirman ese criterio de las devoluciones por razones de igualdad de la relación jurídica tributaria en lo que respecta a la existencia del crédito. Si se exigen intereses por casos de demora, también deben reconocerse intereses en caso de pagos indebidos.

A muy grandes rasgos, ese es el contenido de este proyecto. Primero se trató de solucionar los problemas que se plantearían con este vacío que se establecería definitivamente al fijar, como disponen todos los proyectos que están a consideración de la Comisión, que la acción de la devolución de lo indebido no es de competencia del Tribunal. Entonces, parecería indispensable establecer cuál va a ser el régimen aplicable y su coordinación con el Código Tributario.

rp.4

25 x

En segundo término, el otro sector del proyecto se refiere a cómo debe hacerse efectiva la devolución.

Si los señores Senadores desean hacer alguna pregunta, estoy a las órdenes.

SEÑOR PRESIDENTE.- Agradecemos la exposición hecha por el doctor Valdés Costa y entiendo que en la versión taquigráfica de la sesión de hoy debería figurar, como anexo, el memorándum que nos acaban de entregar los delegados del Instituto de Finanzas Públicas y el Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho.

SEÑOR MARTINS.- El proyecto contiene a todos los entes públicos y a todo tipo de pago de lo indebido, no solamente por cuestiones tributarias, sino toda vez que un administrado pague indebidamente una suma. Se ha pensado en un sistema flexible. Es decir, hay entes públicos donde basta el reclamo verbal, como en el caso de ANTEL, cuando el usuario paga una factura por encima de lo normal; entonces, con una computadora se coteja si efectivamente lo que se había liquidado es exacto o no, e inmediatamente le hacen otro recibo. Otros organismos son mucho más restrictivos, hacen un expediente y el mismo recorre varias oficinas; en este caso establecemos un régimen flexible. Allí donde la Administración responde rápidamente, el administrado elegirá el trámite administrativo. En algunos casos se utiliza un funcionario a los efectos de la devolución y el trámite continúa normalmente. En otros organismos el trámite es mucho más pesado y cuando la Administración, a los efectos de la devolución demora demasiado, el administrado podrá hacer su solicitud judicialmente.

El otro sistema --como muy bien expresaba el doctor Valdés Costa-- tiene que ver con la necesidad de establecer en qué moneda se va a pagar y con qué intereses. Parecería lo lógico que cuando el Estado cobre determinados tributos con determinados recargos, sean los mismos los que rijan en materia de devolución.

Además, como la Ley Nº 14.500 establece la posibilidad de reajuste, con sus intereses, de toda reclamación judicial, para no obligar a los particulares a reclamar siempre judicialmente, también se establece esa solución para la vía administrativa.

25 x

Porque si no es así estamos obligando a los particulares a que sean pleitistas, puesto que si el Estado no se lo reconoce en vía administrativa, no tiene más remedio que hacerlo en vía jurisdiccional.

Solamente deseaba hacer estas dos reflexiones y otra más que me permito hacer --aunque conozco la preocupación que tiene la Comisión-- que se relaciona con la grave dificultad que existe actualmente en materia de lo Contencioso Administrativo.

No voy a reiterar el problema de los recursos --que ya es un verdadero acertijo saber cómo se recurre una decisión administrativa hoy día y cuál es el agotamiento de esa vía, sino también en las acciones de reparación.

En una conversación que tuve con dos Fiscales, me manifestaron que los Fiscales estaban divididos. Unos entienden que es la justicia civil y otros, que son los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y todos los pleitos están prácticamente detenidos. Este es un argumento más a los efectos de establecer la necesidad de que en esta Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo se resuelven los mayores problemas de manera de que sea un instrumento de justicia y no, como se ha tornado ahora, una verdadera dificultad para poder obtener una sentencia.

SEÑOR AGUIRRE.- Señor Presidente: si yo no entendí mal, en la exposición hecha por el doctor Valdés Costa, se plantea una de las soluciones que acoge el proyecto que se ha tenido la deferencia de hacernos llegar a la Comisión para solucionar este problema que evidentemente estaba planteado en términos puramente negativos, tanto en el anteproyecto del actual Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como en el articulado que fue aprobando la Comisión que en su artículo 28 establece que no se consideran comprendidos en la Jurisdicción Anulatoria, entre otros, los actos que desestimen total o parcialmente la devolución de las cantidades que reclamen los interesados, por entender que han sido indebidamente pagados.

Justamente es la hipótesis que preocupa al Instituto de Finanzas Públicas y al de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho. Respecto del órgano jurisdiccional competente --y es al punto al cual voy-- si no entendí mal al doctor Valdés Costa se opta por la solución de

otorgarle esa competencia al Tribunal de lo Contencioso, más lo Juzgados que actualmente están incluidos en la órbita del Poder Judicial de acuerdo a la Ley Orgánica de la Judicatura. Mi preocupación era que en caso contrario se hiciera una objeción de constitucionalidad a la solución.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si los demás miembros de la Comisión me permiten, desearía hacer algunas preguntas y algunas reflexiones sumamente improvisadas. Se trata de un texto muy denso y seguramente ha sido muy pensado y no es fácil hacer comentarios que tengan realmente fondo o sustancia.

Creo advertir en la primera parte del texto que se nos entrega como artículo aditivo al proyecto que estamos estudiando, que existen tres posibles vías de acción para quien esté reclamando por un pago indebido a un ente público. La primera vía, tal como pienso, resulta de la redacción --que por otra parte es muy clara-- y comprendería reclamaciones puras y simples ante la sede administrativa; es decir, el petitorio del que se siente acreedor del ente público, no necesariamente estaría encadenado con una acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sería una actitud que forma parte de las discrecionalidades de que dispone el reclamante. La segunda vía que surge de lo que ustedes nos proponen, sería: accionar como establece la Constitución frente al acto administrativo y agotada la vía administrativa, la acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Esa sería la segunda vía.

SEÑOR VALDES COSTA.- Ello ocurriría si se aprueban los proyectos que están en consideración de la Comisión. Este proyecto parte de la base de que va a ser aprobado el que coincide con la Jurisprudencia dominante últimamente en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de que no es procesable ante ese Tribunal.

SEÑOR AGUIRRE.- La intención es que no cause agravio o perjuicio.

SEÑOR PRESIDENTE.- Planteaba esta segunda vía, porque me parece que surge del texto que es de revocación jerárquica y luego el siguiente trámite ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

rp.7

Porque en ese primer párrafo el texto que ustedes proponen habla de que la opción entre la sede administrativa y judicial también regirá cuando el pago se haya realizado en cumplimiento de un acto administrativo. Pero en ningún caso procederá la devolución de lo pagado si el acto fue consentido expresamente o si --y aquí está lo que me interesa señalar--, impugnado en vía administrativa fuere confirmado por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo por razones de fondo. A mi juicio, estas expresiones significan que ustedes tienen "in mente" una vía que sería la tradicional.

SEÑOR VALDES COSTA. No es así en los casos de petición de devolución sino en los casos de impugnación de un acto administrativo, por ejemplo, el de determinación de oficios, tan frecuente en la Administración Pública.

SEÑOR AGUIRRE.- Como el caso de la determinación de oficio de las obligaciones tributarias.

SEÑOR VALDES COSTA.- Muchas veces el contribuyente, para resolver los problemas de los recargos resuelve pagar, pero continúa la impugnación del acto. Es un pago voluntario y no un requisito para iniciar la acción.

Existe un acto de la Administración que determina una obligación tributaria, ilegal o improcedente a juicio del contribuyente. Entonces, evidentemente, él impugna esta decisión. En otros casos suele pagar a fin de evitar los recargos; se trata de una consignación y hay que esperar decisión del Tribunal

El Proyecto se refiere, fundamentalmente, a las peticiones;cuando se ha hecho un pago no en cumplimiento de un acto de determinación. La hipótesis prevista en el proyecto es que por cualquier razón se pagó una cantidad indebidamente. A esta hipótesis hay que separarla de la otra, por ejemplo, que haya un acto de la Administración que imponga una obligación infundada. Entonces, hay que impugnarla.

SEÑOR AGUIRRE.- Creo que el tratamiento de estos temas ha sido el "pan de cada día" de los señores profesores que nos visitan. Sin embargo, alguna vez nos ha tocado desarrollarlos también a nosotros.

Cuando la administración tributaria determina obligaciones impositivas de un particular, no se puede pedir la devolu

25×

ción si es que se hace el pago para evitar el recargo y el juicio ejecutivo consiguiente, sin que antes se anule el acto, porque caemos en caso contrario, en el problema constitucional de que no puede irse a la reparación si antes no hubo anulación. Estamos frente a una hipótesis donde el Tribunal nunca se considera incompetente porque siempre hay un acto administrativo anulable, que es el acto de determinación de la obligación tributaria.

SEÑOR PRESIDENTE.- Mi duda radica en la redacción de una de las frases de este texto que dice que dicha opción --o sea la existente entre la sede administrativa y la sede judicial-- también regirá --se establece una hipótesis nueva-- cuando el pago se haya realizado en cumplimiento de un acto administrativo --la determinación de oficio de la deuda--. En ningún caso procederá la devolución de lo pagado, entre otras --y aquí habría puntos suspensivos-- si el acto fuere confirmado por el Tribunal.

Repito que la frase me suscita dudas puesto que, al principio se habla de la opción entre la vía administrativa y la judicial. Y luego, agrega que no procede la devolución de lo pagado, entre otros casos si el acto fuera confirmado por el Tribunal. A mi juicio, se trata de dos cosas distintas y es por eso que tengo dudas.

Optar por una u otra vía es algo de naturaleza distinta a la facultad, derecho u obligación que tiene el Estado de proceder o no a la devolución.

El hecho de que el Estado devuelva o no, no está vinculado a las opciones, sino con que existe cosa juzgada dado que el Tribunal se pronunció. Repito que no está vinculado con la opción, puesto que yo puedo elegir la opción del Poder Judicial. El Estado o los Entes Públicos pueden decir que no devuelven porque hay sentencia del Tribunal. Se puede sostener --aunque sea una hipótesis un tanto forzada-- que, en realidad, no hubo tal pronunciamiento del Tribunal o que dicho pronunciamiento está viciado de alguna nulidad. Inclusive cuando se alegue la confirmación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del acto de la administración, la opción la tengo de todas maneras. Lo que ocurre es que, si en definitiva se confirma que, entre otros casos ya hay pronunciamiento sobre el fondo del asunto, la acción va a fracasar.

El hecho es que hay derecho a pedirla, pero no a cobrarla.

SEÑOR MARTINS.- Si se acreditare que se encuentra en trámite la acción anulatoria, se suspenderá la reparación hasta la finalización de aquélla.

SEÑOR PRESIDENTE.- Esto significa que ustedes se inclinarían por la prejudicialidad del pronunciamiento del Tribunal.

SEÑOR VALDES COSTA.- En los casos en que haya actos administrativos impugnables pensaríamos así. De acuerdo con la disposición citada por el señor Senador Aguirre, va a haber muchos pedidos de devolución que no son impugnables ante el Tribunal de lo Contencioso, o sea, que están excluidos. Es para esos casos que se prevé una solución legal.

SEÑOR PRESIDENTE.- Quería hacer una pregunta. Si la devolución fuera ordenada por sentencia judicial, se aplicarán las normas relativas al reajuste de las obligaciones. Si mal no recuerdo --estoy improvisando-- la ley Nº 14.500 excluye el reajuste de las obligaciones.

SEÑOR AGUIRRE.- Antes de su retiro, nuestros predecesores del Consejo de Estado, en el mes de febrero incluyeron al Estado en el mecanismo de la ley Nº 14.500.

SEÑOR VALDES COSTA.- En él se decía que se derogaba el inciso tal y el ejercicio tal de la ley Nº 14.500.

SEÑOR MARTINS.- Esto está publicado en el Diario Oficial del 28 de abril y es del mes de febrero de 1985.

SEÑOR VALDES COSTA.- Partimos de la base que está vigente.

SEÑOR PRESIDENTE.- La última pregunta que deseo formular sobre este tema es la siguiente. En el último párrafo dice que este régimen será aplicable también en lo pertinente a las reclamaciones ante las personas de Derecho Público no estatales. En general, tengo cierta resistencia a la expresión "en lo pertinente" porque siempre causa problemas. Me gustaría saber qué se piensa sobre el alcance práctico de esta expresión.

SEÑOR VALDES COSTA.- En primer término, todos los actos de estos organismos nunca son susceptibles de acción ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Por lo tanto, todas las hipótesis previstas no serían aplicables a los organismos no estatales de Derecho Público.

tv.3

25x

SEÑOR FA ROBAINA.- La explicación brindada por los doctores Martins y Valdés Costa sobre el proyecto a estudio de la Comisión es muy clara. Pero a fin de ilustrarnos en materia de antecedentes --y sin perjuicio de lo que ellos aportan-- les preguntaría si tiene conocimiento acerca de la existencia de algún criterio, por parte de algún Ministro o Fiscal del Tribunal, a propósito del enfoque de este tema. Como bien se ha dicho, todos los proyectos excluyen totalmente de la competencia del Tribunal de lo Contencioso la reclamación por devolución de lo indebido. ¿Hacia dónde canalizan ellos la posible solución? ¿Recogen, admiten o aceptan el criterio predominante de la legislación comparada, o nunca se han expedido?

SEÑOR VALDES COSTA.- La jurisprudencia del Tribunal, como ya dije, ha sido bastante vacilante y, en ocasiones, poco clara. Algunas veces se ha limitado a decir, simplemente, que no es competente y que debe recurrirse ante los órganos que corresponda y, otras veces, se remite a la justicia ordinaria. Entonces, si partimos de la base de que esa jurisprudencia va a recibir ahora consagración legal, entendemos que hay que buscar una solución que dependa de nuestro Derecho Positivo nacional y que sea la más adecuada para nuestra organización judicial. Por eso nos parece que la solución radica en estos Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo. La primera parte del proyecto tiende a solucionar el aspecto procesal. O sea, lo que se intenta es lograr una solución legal que evite todas las discrepancias y contradicciones que se han venido registrando desde hace muchos años. Cuando el doctor Giorgi escribió su libro sobre la acción de nulidad, ya planteaba el problema de que la devolución de lo indebido no era procesable ante el Tribunal. Este entendió que era competente; pero luego, mediante argumentos variables, expresó que no. Se trata de una situación de incertidumbre que, de acuerdo a lo que le parezca más adecuado, debe solucionar el Poder Legislativo. Para nosotros, la solución es la que hemos expresado.

SEÑOR PRESIDENTE.- Conversando en voz baja con el señor Senador Aguirre, hemos decidido aprovechar su visita para dejar un poco de lado el tema concreto --que estudiaremos con muchísima atención-- y formular otras preguntas vinculadas a ciertas ideas que estamos manejando respecto a este proyecto que , para nosotros, implica uno de los grandes aportes que la Comisión podrá hacer a la legislación nacional.

25 x

Aquí se ha logrado la Ley Orgánica de la Judicatura y también un proyecto de reglamentación de las Comisiones Investigadoras; personalmente, creo que ésta sería la tercer gran obra que llevaría a cabo esta Comisión. Como deseamos aprovechar la ocasión para discutir con ustedes algunos otros puntos referentes al tema, cedo la palabra al señor Senador Aguirre.

SEÑOR AGUIRRE.- Concretamente --y pido disculpas por abusar del tiempo que nos dispensan los señores visitantes--, diré que hay dos puntos que han sido discutidos en el seno de la Comisión con algunos jurisconsultos y profesores que han tenido, al igual que ustedes, la deferencia de visitarnos. El doctor Martins, que lo hace por segunda vez, recordará la oportunidad en que conversamos con los doctores Giorgi, Cajarville y Korzeniak acerca de la posibilidad constitucional y de la conveniencia o inconveniencia de que existan estos Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo que están admitidos por el texto constitucional. Es decir, se habló sobre la posibilidad de crearlos y también de la opción acerca de que ellos fueran de Primera Instancia en lo Contencioso de Anulación o en lo Contencioso de Reparación.

En la Comisión hay opinión formada acerca de la conveniencia de que existan los Juzgados Letrados de Primera Instancia, por razones en las que no voy a abundar ahora. En una conversación formal que mantuve con el doctor Hughes, ex-Ministro del Tribunal de lo Contencioso, me manifestó que cuando estaba actuando en tal carácter había redactado un proyecto que tendía a crear un Juzgado Letrado de Primera Instancia en toda la materia que refiere al funcionario público. Se trataría de un Juzgado especializado en el Contencioso del funcionario público, si es que cabe llamarle así. Dada la notoria complejidad y especialidad de la materia, preguntaría al doctor Valdés Costa si él no consideraría conveniente --dada la enorme complejidad de muchos juicios de esta naturaleza-- que existiera un Juzgado de Primera Instancia en el Contencioso Fiscal, donde se formara un magistrado que accediera luego al Tribunal, una vez lograda la especialización en esa materia. Mi modestísima experiencia en ese ámbito me indica que, para los magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo --sobre todo cuando recién ingresan a él-- los juicios de ese carácter les significan entrar en una disciplina jurídica de la cual no saben absolutamente nada.

tv.5

25x

SEÑOR VALDES COSTA.- Agradezco la oportunidad que me ofrece el señor Senador Aguirre de tratar este punto que me preocupa mucho y lo he estudiado con bastante atención.

El problema de la especialización en materia fiscal es una solución que tiene gran acogida en todo el derecho comparado, no solamente en el latinoamericano, sino también en el europeo. Indiscutiblemente, existen tribunales especializados y, por ejemplo, el primer país en establecerlos fue Alemania en el año 1919, en la República de Weimar. A esto ha seguido una interesantísima e importante evolución y, precisamente, en setiembre de 1984 tuvimos ocasión de escuchar aquí una conferencia del profesor Klaus Vogel, titular en Munich, sobre el Contencioso Tributario en Alemania, que resultó muy ilustrativa.

En América Latina, es la solución predominante. Existen tribunales especializados --inclusive de creación constitucional-- en Bolivia, Ecuador y en Colombia, donde el Consejo de Estado tiene una larguísima tradición iniciada con Bolívar y que ha ido evolucionando con el tiempo. Dentro del Consejo de Estado hay una "Sección Impuestos", que ha realizado una labor realmente interesante. En Argentina existe el Tribunal Fiscal de la Nación. Justamente, la próxima semana vamos a Buenos Aires a los efectos de comparar nuestro sistema con el argentino, que desde 1960 tiene un Tribunal Fiscal de la Nación, inspirado en la solución adoptada por México en 1936, donde se estableció el Tribunal fiscal de la Federación en el [illegible] intervino, fundamentalmente, el profesor Mario Pugliese. Esto se ha inspirado también en el sistema italiano, que también tiene comisiones tributarias que cuentan con una larga evolución y transformación, pero que actualmente son consideradas como Tribunales Jurisdiccionales especializados. Por lo tanto, la tendencia es francamente favorable a la existencia de órganos especializados.

Consideré del caso traer a la Comisión un estudio que realicé sobre el Contencioso Tributario en lo que respecta a todos los países de América Latina. Solamente habría que hacer dos pequeñas actualizaciones, porque el trabajo fue realizado en 1982 y las referencias a Uruguay --como es natural-- obedecían a la legislación del momento; asimismo, también habría que hacer algunas modificaciones con relación a Venezuela, que aprobó con posterioridad a dicha fecha su Código Tributario. Con mucho gusto les dejo en su poder este trabajo que comprende todos los países de América Latina, es decir, América del Sur, México y Costa Rica, y analiza toda la legislación vigente al año 1982.

Evidentemente, sería conveniente que existiera cierta

especialización, pero sin extremarla demasiado porque, como Klaus Vogel, a veces el exceso de especialización circunscribe y deforma un poco el criterio de los Jueces. No obstante, si se examina el derecho comparado, la solución aconsejada es que exista cierta especialización en materia fiscal ya que, indudablemente, ofrece características muy particulares. Deseo destacar, además, que tanto México como Colombia, Ecuador, Perú y Argentina han tenido una experiencia muy favorable en materia de tribunales fiscales especializados. En ese trabajo figuran todos los detalles pertinentes.

SEÑOR PRESIDENTE.- Ampliando un poco la pregunta formulada por el señor Senador Aguirre, debo decir que en realidad la primera instancia dentro de la órbita del Tribunal de lo Contencioso Administrativo también nos interesa en un marco más general, que es el que tiene que ver con la preparación de magistrados que eventualmente accederán luego a dicho Tribunal. Quienes tenemos años de baranda sabemos que lo habitual e inevitable es que los Ministros de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo que se han ido sucediendo en el tiempo, empiezan a familiarizarse con la materia en el momento en que son nombrados allí, y eso nos parece algo lamentable. Aquí hablo a título personal, puesto que no es mi ánimo comprometer la opinión de la Comisión, pero eso significa el anquilosamiento de la jurisprudencia del Tribunal, porque es más cómodo --y no se puede evitar que sea así-- que quien llega a ese Tribunal se refugie confortablemente en lo que es la tradición de éste sin tratar de innovar. En cambio nosotros creemos que el Derecho progresa, también, con la elaboración jurisprudencial.

Nosotros hemos encontrado, sí, muy poco entusiasmo por parte de los miembros del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, así como, por parte de la Procuraduría, con respecto a la creación de una nueva instancia. A pesar de eso, esta Comisión va a proponerle al Parlamento la creación de una magistratura de primera instancia. Dentro de esa preocupación o mejor dicho de ese acuerdo, hay dos posibilidades, una --y que me parece es la que entre líneas sugiere el profesor Valdés Costa, distinta de la que mencionaba el señor Senador Aguirre como punto de vista del doctor Hughes-- la de hacer la primera instancia en razón de materia, y la otra, consistiría simplemente en turnos distintos; es decir, en cada turno, toda la competencia. Quizá ésta fuera una forma de atenuar la preocupación del doctor Valdés Costa, que si no lo interpreto mal, apunta al peligro de que un magistrado que se dedique solamente al Derecho Fiscal termine siendo mucho más fiscalista que la propia Administración.

tv.7

25

SEÑOR VALDES COSTA.- Pierde de vista la noción general del Derecho. Ese es el gran problema. Así lo destacaba Vogel en la Conferencia de 1984. Decía, que, uno de los mejores magistrados que existen actualmente en el Supremo Tribunal, el Fiscal Federal de Alemania, vino de la justicia ordinaria. Uno por excepción.

SEÑOR AGUIRRE.- Me felicito por haber planteado un tema sobre el cual el profesor Valdés Costa no sólo tenía opinión formada sino una real preocupación, a tal punto que nos ha traído un valioso trabajo, como todos los suyos.

Con respecto al tema del peligro de la excesiva especialización, voy a improvisar una opinión y es que eso se da actualmente en nuestra justicia. En la justicia mal llamada Civil, que comprende otras materias, eso no ocurre. Pero otra cosa es en los Juzgados Letrados de Familia donde no se fallan más que litigios sobre derechos de familia. Asimismo los jueces en lo Penal están encasillados en ese ámbito y no digo nada de los jueces de lo Laboral, que corren el riesgo de tener un derecho propio.

La segunda cuestión que quería plantear es algo que en parte se trató durante la primera visita del doctor Martins. El doctor Martins recordará que una de las preocupaciones de la Comisión, atento a una propuesta del Instituto de Derecho Administrativo, que hizo suya el Colegio de Abogados, era el problema de la bien o mal llamada prejudicialidad de la acción anulatoria respecto de la acción de reparación en función de la vieja polémica sobre la interpretación del artículo 312 de la Constitución. Recordará también que hubo una discrepancia entre los profesores. Es decir, usted y el doctor Cajarville Peluffo, como integrantes del Instituto, sostenían que podía existir una opción para el litigante. En cambio, los doctores Giorgi y Korzeniak abogaban por la tesis tradicional sobre el Tribunal, de Sayagués Laso. Ante esas dudas o posiciones encontradas, la posición de la Comisión, en principio, sería la de no innovar en esa materia, porque ante un panorama doctrinario no unánime Tememos que se nos formule la objeción de inconstitucionalidad o, como decía el doctor Giorgi, que en lugar de dar una seguridad a los litigantes se les dé una inseguridad porque si optaren por esa vía podrían luego ver paralizada la acción por un pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte de la Corte. Estábamos en esa encrucijada, cuando se vino a agregar otro elemento para la reflexión de la Comisión, a raíz de la presencia del actual Deca-

no de la Facultad de Derecho el doctor Gelsi Bidart. El señor Decano expresó que era partidario de la primera instancia, siempre que fuera para el Contencioso de reparación, pero que si era para el de anulación, no le veía tanta utilidad. A raíz entonces de los juicios que vertió sobre ese problema, se nos ocurrió una fórmula intermedia, que pudiera satisfacer el anhelo de abreviar los procedimientos sin que fuera pasible de la tacha de inconstitucional, que es la que sigue. Si creando los Juzgados de Primera Instancia, éstos no podrían tener competencia en las dos materias, la anulatoria y la reparatoria, condicionando el pronunciamiento sobre la acción anulatoria a la previa anulación del acto. Vale decir que en un mismo juicio se plantearan como ocurre en algunas demandas, distintos pedimentos, alguno de los cuales sólo se entra a considerar si primero se resuelve el otro en forma favorable. Con ello se evitaría la necesidad de entablar dos juicios, uno ante el Contencioso y luego otro ante el Poder Judicial. Naturalmente, si se hiciera lugar tanto a la anulación como a la reparación, habría una segunda instancia, en los dos aspectos, ante el Tribunal. Se nos ha ocurrido que esto podría ser más sencillo y evitaría la objeción de inconstitucionalidad, que algunos profesores siguen manteniendo.

SEÑOR CERSOSIMO.- Aprovechando la gentil disposición de los profesores aquí presentes, y teniendo en cuenta, además, lo que manifestó el señor Decano de la Facultad de Derecho, que también tuvimos el honor de que nos visitara, quien dijo al pasar --y no tan al pasar-- que podía iniciarse una especie de experiencia de juicio oral con motivo de este proyecto de ley que está a examen de esta Comisión y más tarde, quizá, a estudio del Senado, queremos plantear lo siguiente.

Entre los aquí presentes puede haber quienes sean partidarios de la oralidad y otros que no lo sean. El Tribunal no innova y sigue aferrado al viejo trillo del juicio escrito, con todas las instancias y todos los procedimientos extensos y extensivos que los señores profesores conocen mejor que nadie. Entonces, si no es abusar de su amabilidad, y parafraseando aquello de que ya que estamos vamos a hacer una consultita, quisiéramos saber --por lo menos yo-- cuál es su opinión al respecto, si es que quieren darla y si nos hacen el honor de emitirla.

SEÑOR PRESIDENTE.- Creo que nos estamos saliendo del tema que acaba de plantear el señor Senador Aguirre. Entonces, si

hrm.2

el señor Senador Cersósimo no tiene inconveniente, primero se contestaría a aquella inquietud y luego a la suya.

SEÑOR CERSOSIMO.- Lo que sucede es que no quería que se me escapara el pensamiento. Es decir, por aquello de que ya que los señores profesores estaban presentes, vamos a preguntarles.

Ninguna ocasión mejor que ésta. Pero vayamos por partes, manteniendo el orden.

Muchas gracias.

SEÑOR MARTINS.- Los señores Senadores recordarán que el Instituto de Derecho Administrativo, a través de la palabra del doctor Cajarville y mía, sostiene una interpretación del texto constitucional en el sentido de que es posible crear juzgados inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, la que, como lo dice el título de la sección "De lo Contencioso Administrativo", incluye tanto la anulatoria como la reparatoria. Nosotros sostenemos la posibilidad; y digo más: desde que salió la Constitución del año 1952 --de manera que no es una cosa improvisada --entendí siempre que lo que establece el artículo 312 es que, en virtud de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no pertenece a la esfera del Poder Judicial, sus sentencias obligaban a sus jueces. Por eso decía que una vez anulada la acción de reparación, ante el Tribunal de lo Contencioso se podrá solicitar ante la justicia ordinaria la acción de nulidad, la acción de reparación y en ese caso los jueces no podrán entrar a juzgar sobre la licitud o ilicitud del acto, porque eso ya estaba juzgado por el Tribunal y solamente determinará la cuantía de los daños. Esa es la interpretación que siempre le dí a ese artículo y no el de la "ligazón" --digamos--, de que previamente era necesario tener el acto administrativo para reparación, por una razón muy importante, que es la siguiente. En la Constitución de 1952, como antes en la de 1934, la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo se debió a la idea de aumentar las garantías de los particulares y no para limitarlas. Desde siempre, desde que se creó la Justicia de Hacienda, allá por el año 1890, existió la posibilidad de pedir la reparación por los daños causados por los actos administrativos directamente ante el Poder Judicial. Nunca se pudo pedir la nulidad. Por eso es que en la Constitución del 34 y luego en la de 1952, se establece la posibilidad de anular, que es otra garantía que se

agrega. Nunca se pensó unir --por lo menos en lo que a mí me consta, puesto que actué un poco de Secretario en la Comisión que redactó el anteproyecto de los partidos políticos venido aquí-- o ligar una cosa con la otra, porque lo que se quería era aumentar las garantías. Es decir que además de aquella posibilidad que existía, de las acciones, que, por ejemplo, la ley de 1935 ya establecía en materia municipal, de ir directamente al Poder Judicial a reclamar por los daños y perjuicios causados por un acto administrativo, se pudiera pedir la anulación de ese acto ante un Tribunal especializado.

Desde mi punto de vista, pues, no cabe ninguna duda de que la solución que propone el señor Senador Aguirre es posible y defendible.

Muchas gracias.

SEÑOR PRESIDENTE.- No sé a cuál de los profesores dirigió la pregunta el señor Senador Cersósimo...

SEÑOR VALDES COSTA.- El punto planteado por el señor Senador Cersósimo es muy interesante y hay antecedentes valiosos que se pueden tener en cuenta al respecto. Es indudable que el juicio oral presenta grandes ventajas con respecto al escrito, pero la objeción que en nuestro medio puede hacérsele es, en primer término, la falta de posibilidades materiales de poder llevarlo a la práctica en su integridad; y, en segundo lugar las características del objeto de los juicios. Hay juicios que se prestan más al procedimiento oral, por audiencias, que otros.

Creo que el proceso fiscal se adapta perfectamente al procedimiento oral; así lo reseñan varias legislaciones, por ejemplo, las de Estados Unidos y México, que fueron las dos fuentes que tomó el proyecto argentino de 1960 y el Tribunal Fiscal implantó el procedimiento oral a partir de ese año. La experiencia ha sido irregular; en un primer momento, funcionó con gran eficacia y con beneplácito, pero últimamente, por diversas razones que vamos a desarrollar en la semana entrante, en la reunión que mantendremos en Buenos Aires, ha tenido sus inconvenientes, existiendo un gran atraso, y se ha ido degenerando el procedimiento escrito.

Entendemos que el contenido del proceso tributario se adaptaría al sistema del juicio por audiencia. Al respecto ya hay experiencias extranjeras muy representativas y convincentes.

hrm.4

SEÑOR CERSOSIMO.- ¿Puede incorporarse el juicio oral al Contencioso Administrativo en general? ¿Ello es factible?

SEÑOR MARTINS.- En esta materia no tengo experiencia; por lo tanto, no sé qué aconsejar.

De todos modos, [illegible] la situación actual y el número tan elevado de casos que tiene el Tribunal, me temo que, en un principio, no sería posible su aplicación. Además, sería necesario obtener medios económicos muy importantes para multiplicar la cantidad de funcionarios.

Sí me podría referir a lo que está sucediendo actualmente en la Comisión en la Oficina del Servicio Civil, donde se están llevando a cabo algo así como juicios orales, puesto que se ha establecido una primera audiencia a la que concurre la parte a hacer una especie de resumen de su petición, y luego el representante del Estado la contesta. Allí se ofrecen las pruebas y luego se hace una audiencia para pruebas. Hemos comprobado que todo ese trámite insume muchísimo tiempo, porque hay que escribir a máquina la exposición, luego hay que leer[illegible], corregirlo y firmarlo. De modo que la audiencia prelimi[illegible] lleva alrededor de una hora y media y las de prueba, una [illegible]ra con cada testigo.

Los señores Senadores podrán estimar el tiempo que lleva todo esto. Personalmente, he tenido que actuar en dos audiencias al mismo tiempo, pero entiendo que no es lo más aconsejable. Esto determinará que la Comisión de la Oficina Nacional del Servicio Civil, no podrá culminar con su trabajo, porque por más buena voluntad y organización que se tenga y por más máquinas, buenas secretarias y edificios adecuados, no hay posibilidades de concretar más de siete u ocho audiencias por día. Si esa oficina tiene que expedirse con respecto a 8.000 expedientes, calculen cuándo terminará con esa labor.

SEÑOR FA ROBAINA.- Creo adivinar cuál fue el propósito del señor Senador Cersósimo cuando formuló la pregunta respecto a la oralidad de los juicios.

El tema de la oralidad --incluso esto es corroborante con la respuesta que han dado ambos profesores-- aquí tiene un esquema muy claro. Un aspecto es el tema de fondo desde el punto de vista procesal, o sea, si es conveniente o no adoptar el sistema, y otro es el problema coyuntural de la infra

estructura que el país no tiene para el Poder Judicial.

En esto creo que no hay dos opiniones. Recientemente, un Ministro de la Corte decía que desde el punto de vista de la infraestructura y de la falta de recursos, en lo inmediato no sería posible la adopción del régimen de la oralidad, porque no se dispone de locales apropiados. Al respecto, tenemos la reciente experiencia surgida a propósito de la aplicación de la ley de prensa; ahí ha quedado demostrado cuánto le resta de decoro y majestad a la justicia el procedimiento oral.

Claro está, que si se soluciona el problema material de la infraestructura, lo que le importa a la Comisión es dejar sentada la opinión calificada de los profesores Valdés Costa y Martins. No es menos cierto que es verificable que no se levanta ninguna voz contra el sistema de la oralidad; pero el hecho cierto y concreto es que los jueces siguen el trillo de los expedientes y --tal como señalaba el Decano de la Facultad de Derecho-- los litigantes pueden morir aplastados por una montaña de papeles.

De la opinión que han dado los profesores, lo que me interesa es lo referente al problema de la oralidad, el problema de fondo; lo demás, es asunto de recursos y se podrá solucionar.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si ningún señor Senador desea formular más preguntas, sólo resta agradecer a los doctores Valdés Costa y Martíns su presencia.

De todos modos, no descontamos la eventualidad de que los volvamos a invitar, porque la tarea a que nos enfrentamos es muy difícil y no queremos resolver nada sin haberlo analizado a fondo.

Quedamos a disposición por cualquier información que deseen a cerca de los temas que esta Comisión está estudiando.

SEÑOR VALDES COSTA.- Nuestro interés es colaborar en todo lo posible con los poderes públicos.

Por eso, nos hemos adelantado a presentar el anteproyecto que hemos redactado.

hrm.6

25 x

La Facultad toda, y no sólo las dos instituciones que nosotros integramos, está a la orden del Poder Legislativo para colaborar en todo lo que sea útil, aportando su experiencia y sus opiniones a efectos de que se tengan en cuenta para una mejor legislación, en la que hay mucho para hacer.

(Se retiran de Sala los doctores Valdés Costa y Martins)

(Entra a Sala el doctor Horacio Cassinelli Muñoz)

SEÑOR PRESIDENTE.- La Comisión da la bienvenida al doctor Cassinelli Muñoz.

Al mismo tiempo señalamos que su opinión sobre este tema es muy importante, ya que se trata de las normas legales que regirán el Contencioso Administrativo de Anulación.

Si le parece bien, lo más adecuado sería que escuchemos su exposición sobre las observaciones que tenga en cuanto al material suministrado y, luego, los miembros de la Comisión le haríamoa algunas preguntas aclaratorias.

Con mucho gusto le doy la palabra.

SEÑOR CASSINELLI.- Pido disculpas por no haber concurrido en las citaciones anteriores, pero hubo una confusión en mi estudio acerca de si se solicitaba una concurrencia personal o un informe escrito.

Tengo mucho gusto en participar en esta reunión y aportar lo que esté a mi alcance en cuanto a mis conocimientos y experiencia forense y en materia de Contencioso Administrativo. Considero que además esto es un deber cívico.

Ante todo desearía aclarar que las preguntas que se formularon por escrito, a mi entender, no constituyen lo más importante de la situación actual, en materia de Contencioso Administrativo. Hay problemas de gran urgencia derivados de la incertidumbre y de la inseguridad jurídica en que nos encontramos por la existencia de normas del Decreto Ley número 15.524, que son claramente inconstitucionales y que, no obstante ello, como es obvio, siguen rigiendo en virtud de la convalidación del 13 de marzo de 1985, mientras no se declaren inconstitucionales en cada caso concreto.

hrm.7

Esta situación obliga a los abogados a presentar varias veces la demanda ante el Tribunal y solicitar luego acumulación de autos, para evitar objeciones que se pueden hacer acerca de la temporaneidad o no de un accionamiento y la incertidumbre que se crea sobre cuáles son los plazos correctamente computados, que difieren según se aplique el decreto-ley Nº 15.524, o las disposiciones conformes a la Constitución, sea a título analógico --como lo establece la tesis del doctor Martins-- o como consecuencia de ser la legislación anterior al decreto-ley Nº 15.524, en caso de que éste fuera declarado inconstitucional.

Las discrepancias entre uno y otro régimen son tan grandes que nos obligan a reiterar los accionamientos y a tener especial cuidado en no dejarnos pasar un plazo u otro. Hay situaciones en las cuales pueden haber hasta seis oportunidades en que podría corresponder presentar la demanda. Por consiguiente pienso que es de una extraordinaria urgencia que haya una solución a ese problema, aun cuando no supusiera la creación de una ley completa de lo Contencioso-Administrativo.

Las preguntas de este cuestionario tienden más a una solución de fondo permanente posterior, pero mientras se discute esa ley sobre el Contencioso-Administrativo, quedaría un período en el cual sería conveniente crear alguna legislación de emergencia, como ahora se dice, tendiente a evitar en este momento las graves incertidumbres en que nos encontramos.

En ese sentido, el dictamen que realizó el Colegio de Abogados --del cual participé-- contiene una serie de fórmulas que podrían extraerse del proyecto general y aprobarse en forma adelantada, como una posible solución a ese problema.

Me estoy refiriendo en especial a las relacionadas con las consecuencias que tiene la presentación fuera de plazo, a la situación transitoria de demandas iniciadas antes de la reforma de la ley, bajo el decreto-ley Nº 15.524, y a las situaciones de tránsito sobre el agotamiento de la vía administrativa o de la acción de nulidad o incluso, en las situaciones en las cuales correspondería que el Tribunal reasumiera jurisdicción después de haberse declarado incompetente en virtud de disposiciones inconstitucionales. Esto permitiría que se hiciera justicia en situaciones que son de irritante injusticia, porque el interesado no pudo obtener una solución jurisdiccional, en virtud de disposiciones que estable-

cieron un ámbito de actuación no solamente discrecional sino inclusive arbitrario del Poder Ejecutivo y de otros órganos del Estado, y que han quedado sin solución práctica hasta ahora.

En ese sentido, ofrezco mi colaboración para el caso que se planteara alguna fórmula de legislación urgente, transitoria, antes de que se obtenga la solución definitiva.

En cuanto a las preguntas concretas que se me hacen voy a contestarlas por su orden. El apartado A) pregunta sobre la conveniencia de crear Juzgados de Primera Instancia en materia anulatoria. Este punto de vista no admite una respuesta clara, puesto que hay ventajas e inconvenientes en la creación de esos órganos subordinados. Desde el punto de vista constitucional no cabe duda que es posible, pero desde el punto de vista de la conveniencia práctica tendríamos a favor de la creación de estos órganos inferiores en materia anulatoria, la existencia de un doble grado. Todos los abogados sabemos lo angustioso que resulta cuando uno advierte una sentencia inapelable, que tiene un error fácil, un error claro, de los que se corregirían, si hubiera una revisión en primera instancia. Cuando ello ocurre a nivel del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo --afortunadamente en pocas oportunidades, pero a veces pasa-- en que surge algún argumento impensado por las partes o por el Procurador del Estado, que aparece en la sentencia como decisivo y deriva de un error fácil de advertir, de hecho o de derecho, nos encontramos con que el régimen actual sólo admite un recurso de revisión con un plazo perentorio de veinte días, el cual se tiene que fundar en hechos que no hubieran podido ser alegados en el trámite normal del proceso. Este recurso de revisión es prácticamente inoperante. Las pocas veces en que lo he planteado, me lo han rechazado, sentándose una jurisprudencia que me ha inducido a no volver a plantearlo más, por razones de prudencia. En muchas ocasiones se descubre, a posteriori, un documento oculto por la Administración o por un tercero --cosa que ha ocurrido varias veces-- y en el régimen de la ley de 1907 estaba prevista la existencia de un hecho nuevo posterior, pero no lo está en el decreto-ley Nº 15.524.

Quiere decir que solamente se admite el proceso de revisión dentro de los 20 días de notificada la sentencia, con lo cual la exigencia de argumentos nuevos resulta, prácticamente, inútil. Este defecto se corregiría si hubiera por lo menos una segunda instancia y la posibilidad de una revisión en ella. También esto podría ser salvado ampliando las causales del recurso de revisión, estableciendo una fórmula más amplia que hiciera de éste algo similar al que existe ante el Tribunal de Apelaciones y el recurso de reposición como regla general en materia jurisdiccional.

La creación de los juzgados inferiores, en cambio, podría tener una mayor utilidad si, además del Contencioso de Anulación, se le adosara el Contencioso de Reparación.

En conversaciones mantenidas con miembros del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se me dijo que temen que se recargue el trabajo del Tribunal si se le encomienda la materia reparatoria además de la anulatoria. Si esa materia reparatoria estuviera filtrada por una primera instancia y unida a la anulación en el mismo órgano, la demora que significaría la doble instancia se compensaría con el ahorro de tiempo de hacer un solo juicio, en lugar de dos. Por lo tanto, balanceando las distintas soluciones e insistiendo que para mí es un problema dudoso, sobre el que habrá que hacer experiencias al respecto para obtener una opinión definitiva, diría que es conveniente la creación de tribunales inferiores siempre que se les diera competencia simultánea, en un solo proceso, para anulaciones y reparaciones. Pero tomando como antecedente la legislación que había antes de la creación del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, agrego que ese doble objeto del juicio debería ser optativo para el interesado. Si éste quisiera hacer sólo el juicio anulatorio, sin dificultades de prueba y sin las complicaciones del cuántum del daño que pudiera hacerlo, procurando obtener una sentencia anulatoria que significara una mayor satisfacción desde el punto de vista moral o práctico que la ulterior solución reparatoria.

Es decir, que existirían Juzgados de Primera Instancia ante los cuales el actor podría pedir solamente la anulación o, si prefiere demorar más la sentencia, pero obtener los dos beneficios al mismo tiempo, se inclinaría por la anulación con reparación en el mismo juicio; y, con una segunda instancia, como es lógico, ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

El punto B es el que mayores discusiones ha suscitado en los ámbitos donde he conversado sobre el tema.

Una de las primeras publicaciones que realicé fue justamente sobre este tema y en aquel momento sustuve que, de acuerdo con la Constitución, la declaración de nulidad era una condición previa para el ejercicio de la acción de reparación. Esa solución fue tradicionalmente sostenida por el doctor Sayagués y criticada por los doctores Aparicio Méndez, Justino Jiménez de Aréchaga y, actualmente, por el profesor Martins. Tiene como fundamento una interpretación del artículo 312 de la Cons-

titución según la cual la frase "declarada la anulación" significa "solamente cuando se ha declarado la anulación".

Los argumentos que me llevaron en una época a sostener esa tesis eran, fundamentalmente, que el sentido que tenía la norma pretendía impedir que el interesado pudiera vender sus derechos a cambio de una indemnización en dinero, según su propia voluntad, e independiente de la Administración. Es decir que quien quería obtener una indemnización del perjuicio debía colaborar primero con el interés público eliminando la ilegalidad y si lo lograba --aun en los casos excepcionalísimos de la acción de reparación-- entonces podría ser resarcido del perjuicio que subsistiera después de la anulación. La persona no podría preferir mantener un perjuicio mayor para poder cobrar más a costa de la legalidad de la acción administrativa. Este argumento --de moralización administrativa-- fundado en que el interesado no puede ser el que dispone la expropiación de sus propios derechos sino que sólo la Administración es la que debe elegir si compra o no un derecho del interesado, parecía decisivo y convincente para sostener esta tesis.

Como éste es un asunto muy discutido en doctrina --aunque no se puede decir que haya una doctrina generalmente admitida sobre el punto-- pienso que si se dictara una ley en uno u otro sentido podría decirse que ella actuaría en el ámbito lícito de la competencia de interpretar la Constitución respecto de un punto ambiguo en el texto constitucional, que admite como válida cualquiera de las dos interpretaciones que se dicten por ley. No por razones teóricas sino prácticas, creo que sería más conveniente, en este momento, dado el actual nivel de tecnicismo jurídico con que actúa la Administración Pública, una fórmula que permitiera al interesado solicitar la indemnización de los daños causados por el acto aunque no hubiera obtenido, previamente, su anulación.

A continuación diré por qué no me parece convincente el argumento que sostuve en 1973 y 1974.

No me parece ahora convincente, porque la Administración siempre conserva en principio, la potestad de anular sus propios actos ilegítimos. De modo que la Administración puede evitar la situación --que me parecía moralmente mala-- de que el interesado pudiera vender sus derechos por indemnización. Ella puede anular de oficio el acto y reducir los perjuicios que darían lugar a indemnización. Eliminada esa preocupación

moralizadora, las razones prácticas privan sobre la solución contraria y hacen que actualmente me parezca mejor la fórmula que tiende a eliminar la exigencia de que el acto sea anulado para poder reclamar los daños y perjuicios.

La breve experiencia del Acto Institucional Nº 8 me demuestra que muchas veces ésta es la solución más favorable para el cliente. Por ejemplo, ante la violación de un derecho de ascenso, al cliente le puede interesar más no ser perjudicado económicamente en su carrera que ocupar un cargo de oficial 2º en vez de uno de auxiliar. Por lo tanto, si en un caso concreto la Administración hubiera designado a una persona a la que no le correspondía el derecho al ascenso pero que es apta para desempeñar el nuevo cargo, sería una sutileza excesiva tratar de imponer al interesado que obtenga la revisión del acto de promociones, antes de lograr una indemnización, que es lo que le interesa.

En otros casos no sucede lo mismo, ya que lo único que interesa a la persona es lograr el ascenso sin importarle el dinero. En dicho caso, tiene a su disposición la acción de nulidad, que no se le puede quitar porque también es constitucional.

Además, el eliminar la regla de que se requiere anulación previa para la reparación, soluciona el problema de los casos en los cuales hay responsabilidad del Estado por acto lícito y legítimo, que resultan totalmente oscuros si se apela a la interpretación clásica del artículo 212 de la Constitución.

La doctrina y la jurisprudencia a nivel universal han ido ampliando cada vez más los casos de responsabilidad del Estado por acto legítimo, fundándose sobre todo en la doctrina de la igualdad ante las cargas públicas.

Se ha dicho que cuando la actividad correcta de la Admi-

nistración exige elegir un sacrificado entre varios posibles para atender un interés público, lo razonable es que se indemnice a quien fue elegido para el sacrificio, de modo de mantener la igualdad con los otros posibles sacrificados.

La norma axiológica que justifica el instituto de la expropiación con compensación previa se extiende también a los demás casos en los cuales el Estado necesita sacrificar a una persona en atención del interés general, mediante un acto que es lícito y ha sido dictado de acuerdo con las competencias, normas y formalidades que estabalece la ley, pero que perjudica a uno más que a otros, sin que haya una justificación intrínseca en la mala conducta del perjudicado.

Por estas razones, pienso que, como solución general, es más armónico un régimen en el cual el perjudicado siempre pueda accionar y donde funcione plenamente el artículo 24 de la Constitución sin ninguna cortapisa especial cuando se trata de un acto administrativo, que la fórmula de la jurisprudencia vigente que exige previamente la anulación antes de la indemnización por los daños.

En cuanto a la letra C, se trata de un tema totalmente distinto al anterior. No se refiere al Contencioso-Administrativo, sino, en general, al régimen presupuestal, es decir, a si la creación o supresión de empleos puede hacerse solamente en la Ley de Presupuesto.

Con la Constitución actual y con las infelices reformas al texto que resultaron de una mezcla de proyectos que tenían estructura contradictoria entre sí, el asunto es bastante oscuro. De todas maneras, pienso que la solución correcta es la que debe deslindarse entre lo que es ley orgánica y lo que es Ley de Presupuesto. No hay ningún inconveniente --por el contrario, es la solución razonable-- en que la legislación orgánica sea un todo y se estudie en forma coherente y tranquila, independientemente de las cuestiones presupuestales y que en el Presupuesto aparezcan las previsiones financieras necesarias para atender los servicios cuya organización está en su ley orgánica y no en la de presupuesto.

tv.6

Entonces, sería posible que se dictara una ley regulando las competencias de órganos sin que ellos tuvieran que ser creados en la Ley de Presupuesto. Naturalmente, la financiación de los gastos a que den lugar esos órganos estaría subordinada al dictado de la respectiva disposición presupuestal. No sería posible que empezaran a funcionar pagando sueldos a personas cuyos cargos no figuraran en la Ley de Presupuesto. Por lo tanto, la entrada en vigencia de las disposiciones que signifiquen nuevos gastos en una ley orgánica, tendría que estar subordinada a la puesta en vigencia de las normas presupuestales correspondientes, ya sea la Ley de Presupuesto Nacional que estableciera la modificación o la de Rendición de Cuentas.

Insisto en que no es necesario que la norma que establezca las competencias o la organización del servicio esté incluida en la Ley de Presupuesto. Por ejemplo, podría dictarse una ley orgánica del Tribunal creando nuevos cargos, pero la provisión de los mismos recién podría hacerse cuando hubiera rubros establecidos presupuestalmente. Es decir que no hay un requisito formal en cuanto a que en la Ley de Presupuesto esté establecida la creación del nuevo servicio, sino que su organización puede ser regulada en una ley independiente.

El apartado D es, simplemente, la generalización de la explicación que acabo de brindar y, por lo tanto, me remito a lo ya expuesto.

SEÑOR PRESIDENTE.- Volviendo al tema de los apartados C y D --y en relación con la consulta que le formuláramos-- deseo preguntar en qué sentido interpreta usted el hecho de que la letra del artículo 86 de la Constitución exprese --a mi juicio claramente, pero quisiera profundizar un poco más en el tema-- que la creación de empleos se hará mediante las leyes de presupuesto.

La duda que tiene la Comisión --que no es ociosa ya que, por lo que usted mismo dice, es una disposición que ha dado lugar a muchas cavilaciones-- se refiere a que si ante ese texto cabe alguna interpretación que no sea la piedeletrista. En este momento estamos tratando el proyecto de Ley Orgánica de lo Contencioso Administrativo de Anulación. Si por ejemplo, creamos una 1ra. Instancia Contencioso Administrativa, estamos generando empleos no previstos en ninguna ley de presupueto, ni en las Rendi-

ciones de Cuentas. ¿Podemos hacerlo? Formulo esta interrogante porque en dicho artículo se dice que la creación de empleos se hará mediante leyes de presupuesto. Creí advertir de sus palabras que sí, podríamos crearlos, aunque lo que queda librado a la Ley de Presupuesto es la financiación de los mismos. Me parece que esa interpretación no coincide con la letra de la Constitución. Entonces, pregunto cuál sería el razonamiento adecuado para poder sostener --la Comisión frente al Senado, en su momento-- con fundamento, el hecho de que se pueda proponer en un proyecto de ley la creación de empleos, dejando para la etapa presupuestal el financiamiento de los mismos.

SEÑOR CASSINELLI.- A ese argumento piedeletrista, se responde también con una consideración piedeletrista.

Se puede decir que lo que se ve allí es la creación pero no la organización. Puede dictarse una ley orgánica en la que se regule cómo funcionarán los servicios, cómo se accede a los cargos y sus competencias; pero la creación real, en el sentido de cómo surge a la vida, está subordinada a la Ley de Presupuesto. Esta crea algo que ya está prefigurado por una ley orgánica. La ley orgánica podrá ser anterior o posterior a la presupuestal, pero ésta es la que concretamente crea los cargos y servicios.

La regulación y competencia de los servicios están establecidas en la Ley Orgánica y no en la Presupuestal.

Entonces, se puede decir que la solución estrictamente ortodoxa y de acuerdo a la letra de la ley es que en la Ley de Presupuesto figure solamente la cración de los empleos y no las normas de organización, de competencias y demás disposiciones, porque éstas excederían el mandato de gobierno. Estarían ligadas a la Ley de Presupuesto por el artículo 86.

En resumen: una cosa sería la ley orgánica y otra, la instancia presupuestal. La verdadera creación, en el sentido temporal de la expresión, se produciría en la Ley de Presupuesto. La organización y la regulación, podrían estar en una ley dictada antes o después de la Ley de Presupuesto.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si interpreto bien --creo que sí-- la tesis del profesor Cassinelli Muñoz, el desarrollo,

la extrapolación de ese punto de vista, llevaría a sostener que por una ley no presupuestal se podrían crear --como es el caso que nos ocupa-- empleos referidos a la primera instancia Contencioso-Administrativa de Anulación, cuyo financiamiento correría luego por cuenta de la Ley de Presupuesto o de la Rendición de Cuentas correspondiente.

Todo ello, en suma, significaría --quiero saber si es como digo-- que por una ley no presupuestal se estaría condicionando y limitando la potestad de iniciativa presupuestal que le puede corresponder a otro Poder del Estado. Estaría condicionado por una normativa legislativa extrapresupuestal; es decir, que cuando viene el Presupuesto para ser considerado en el Parlamento, estaría limitado por una norma de otro tipo. ¿Es éste el alcance?

SEÑOR CASSINELLI MUÑOZ.- Para mí no hay limitación, puesto que una ley puede derogarse con otra. Es decir, si el Poder Ejecutivo considera inconveniente esos nuevos organismos, no envía la iniciativa correspondiente. La organización sigue regulada pero sin llegar nunca a ser creada o ser capaz de funcionar.

En consecuencia, considero que en el texto de la ley orgánica no debería figurar la palabra "créanse". Debería decirse:"Los Juzgados Letrados de Primera Instancia, etcétera, tendrán tales competencias".

SEÑOR PRESIDENTE.- Yo no quiero ser retorcido en mi pensamiento, sino desbrozar el camino de futuras objeciones. Este es un tema --ya lo decíamos hace un rato, cuando estaban presentes en Sala los doctores Valdés Costa y Martins-- y un proyecto de ley que nos parece muy importante que quede resuelto este año.

Si nosotros creamos una Justicia de Primera Instancia dentro de la órbita del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, va a significar, en definitiva, que cuando dicho Tribunal proyecte su presupuesto tendrá que tener en cuenta lo que hubiera sido colocado en una ley orgánica de lo Contencioso Administrativo de Anulación.¿Es así?

SEÑOR CASSINELLI MUÑOZ.- Lo tendrá en cuenta...

SEÑOR PRESIDENTE.-¿Puede no tenerlo en cuenta?

rp.3

SEÑOR CASSINELLI MUÑOZ.- Como la Ley de Presupuesto también es una ley, en ella puede aparecer la suspresión de eso.

SEÑOR MARTINEZ MORENO.- O no incluir la creación.

SEÑOR PRESIDENTE.- En uso de su competencia constitucional, ¿podría el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo ignorar esa ley que le crea, contra su voluntad, una justicia de primera instancia?

SEÑOR CASSINELLI MUÑOZ.- No puede ignorarla pero sí pedir, y eventualmente lograr, que se modifique. Proponer la modificación no supone ignorar la legislación anterior.

SEÑOR AGUIRRE.- Yo creo que este tema ya lo hemos discutido en profundidad en el seno de la Comisión, porque quien tenía especial preocupación sobre este punto, que también tiene con respecto a otras leyes, era el señor Senador Ortiz. En aquel momento dije algo muy similar a lo que ahora está diciendo el doctor Cassinelli Muñoz y, si no recuerdo mal, en oportunidad de su comparecencia en la Comisión, también dijo lo mismo el doctor Giorgi. Vale decir, que el hecho de que se provea, dentro de una ley orgánica, la creación de determinado servicio estatal, cualquiera sea su ubicación dentro de los Poderes del Estado, obedece a una razón de congruencia y de buena técnica jurídica y legislativa. De lo contrario, ocurre que para saber cuál es la estructura orgánica de un servicio hay que andar navegando por distintas leyes. Por un lado, la ley orgánica refiere a los órganos que ya existen; pero si se le quiere hacer una modificación a esa estructura, hay que esperar a que se sancione la Ley de Presupuesto o la Ley de Rendición de Cuentas, de donde resulta que, con mala técnica, el sistema orgánico está distribuido en distintas leyes.

Además, con respecto al argumento piedeletrista que contrapone el profesor Cassinelli Muñoz al otro argumento del mismo orden, que reconozco que es fuerte, creo que también se puede decir que en la Constitución existe un principio general, --creo que en el artículo 86-- pero también hay normas especiales que pueden considerarse modificativas de ese principio general.

Por ejemplo, puede entenderse que el artículo 320 de la Constitución es, precisamente, una norma especial,

para el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa, que permite crear, por una ley con mayoría especial de tres quintos, órganos inferiores dentro de esa jurisdicción. Naturalmente que esos órganos tienen que tener titulares e involucran la creación de los correspondientes cargos y empleos públicos. Asimismo, señor Presidente, el artículo 202 de nuestra Carta permite, por mayoría especial, creo que de dos tercios, establecer nuevos consejos directivos autónomos docentes y el artículo 206 permite crear el Consejo de Economía Nacional. Entonces, si en cada caso hubiera que esperar a la Ley de Presupuesto, estas disposiciones constitucionales tendrían una vigencia un poco ilusoria o teórica. Es decir, habría que coordinar con la iniciativa del Poder Ejecutivo. Por consiguiente, no me parece que la interpretación se pueda llevar a esos extremos cuando, por otra parte, el propio artículo 86 también contiene excepciones a la regla sobre gastos. Primero se dice que la autorización para los gastos, "se hará mediante las leyes de presupuesto, con sujeción a lo establecido en la Sección XIV". Y en el párrafo siguiente, dice: "Toda otra ley que signifique gastos para el Tesoro Nacional deberá indicar los recursos con que serán cubiertos". La única limitación es que la iniciativa siempre es del Poder Ejecutivo. De modo que pueden sancionarse leyes que autoricen gastos y que no sean presupuestales. Eso está expresamente autorizado por el artículo 86 de la Constitución.

SEÑOR CERSOSIMO.- Señor Presidente: si mal no recuerdo, quien sostuvo esta misma posición fue el doctor Korzeniak, aquí, al interpretar el artículo 86. La Constitución de 1934 decía que "la autorización para los gastos se hará ordinariamente mediante las leyes de presupuesto". Esa expresión --ordinariamente-- fue quitada en la Constitución del 52 y mantenida en la de 1967. En consecuencia, éste sería un argumento más, con respecto a que parecería viable que esto se pudiera crear. Yo quisiera, ahora, hacer, si se me permite, la siguiente reflexión.

En el país todavía está vigente una disposición, --es una Ley de Presupuesto-- a la que se recurre muchas veces cuando se trata de gastos urgentes y que está hecha, precisamente, para eso.

Me refiero a la Ley del 27 de marzo de 1953.

rp.5

25x

A lo que ahora se recurre --y a lo que se recurría antes, en la época en que alguno de nosotros tenía algo que ver con otro Poder del Estado-- es precisamente a eso.

A veces se establecían creaciones de cargos o gastos de determinada naturaleza, sobre todo en la creación de determinados servicios, recurriendo a la urgencia que esa ley ordena tipificar previamente o establecer para que pueda accionarse la disposición y entonces, a través de esa norma, se hacía con carácter provisorio hasta la aprobación de la ley presupuestal correspondiente todo el esquema o el andamiaje adecuado a un servicio determinado.

En la vida de los estados modernos --y también en la de los otros-- hay servicios que las circunstancias o las coyunturas exigen su creación de inmediato. Por ejemplo, el caso de la Oficina Nacional del Servicio Civil, que no se creó por ley presupuestal. Si no lo creamos, ¿el doctor Correa Freitas, su Director, al que acabo de ver, hubiera cobrado desde aquella fecha hasta ahora? Hubiera sido imposible. Eso se arbitra por otros medios.

Primitivamente, siempre regía la ley del 27 de marzo de 1953, que fue algo así como la columna vertebral de la urgencia para la creación de este tipo de gastos en determinados servicios de esa naturaleza. No sé si actualmente existe alguna otra norma dentro del fárrago de disposiciones presupuestales y de rendiciones de cuentas.

SEÑOR CASSINELLI MUÑOZ.- Sigue vigente.

SEÑOR CERSOSIMO.- Yo citaba esa disposición aquí, en la Comisión y por eso me satisface que ahora el doctor Cassinelli Muñoz confirme que todavía está vigente.

Por lo tanto, creo que lo lógico sería que si se crean estos juzgados letrados de acción administrativa de anulación y de reparación se enviara la iniciativa correspondiente por parte del Poder Ejecutivo, si es que se van a poner en funcionamiento de inmediato. No me cabe ninguna duda de que se pueden crear, si la estructura del Estado requiere que se haga con urgencia. Si todo el mecanismo que dice relación con las distintas funciones que deben cumplirse así lo determinan, nada impide que así deba hacerse.

Por eso creo que en este caso corresponde crear estos juz

gados, estos cargos de inmediato, siempre que el Poder Ejecutivo envíe la iniciativa correspondiente y determine la fuente de donde se extraerán los recursos para cubrir estos gastos.

SEÑOR AGUIRRE.- No iba a decir más nada sobre este tema, pero creo que este Poder Ejecutivo no debe tener ninguna duda ni se va a rasgar las vestiduras si hacemos esto por ley, porque él ha creado nada menos que un Ministerio por decreto. No creo que el correligionario del señor Senador Cersósimo, el doctor Silvera Lima, sea un Ministro honorario. Supongo que debe cobrar su sueldo.

SEÑOR CERSOSIMO.- Hasta ahí no ha llegado mi curiosidad.

Me pareció más lógico poner otro ejemplo porque no quería mentar la soga en casa del ahorcado. Pero ahora el señor Senador Aguirre hace algunas consideraciones de carácter constitucional en relación a la creación de ese Ministerio.

¿No le parece al doctor Cassinelli Muñoz que el ejemplo de la Oficina Nacional del Servicio Civil que puse puede ser coadyuvante en este aspecto?

SEÑOR CASSINELLI MUÑOZ.- Sirve como jurisprudencia y no como argumento. Es un problema en que está planteada la misma cuestión.

SEÑOR AGUIRRE.- Pasando a otro tema y abusando de la buena voluntad y del tiempo del doctor Cassinelli Muñoz, quiero ir al tema que estábamos considerando anteriormente con los doctores Valdés Costa y Martins, al que alude una de las preguntas que él ha contestado in extenso.

Me refiero al tema de los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo que está íntimamente ligado con el problema de su competencia y de la prejudicionalidad o no de la acción reparatoria respecto de la anulatoria.

En la Comisión hay opinión formada respecto de la conveniencia de crear los Juzgados Letrados de Primera Instancia por alguno de los argumentos que ha dado el doctor Cassinelli Muñoz y por otros, como es la necesidad de que exista especialización de los magistrados que van a acceder luego al Tribunal de lo Contencioso, como existía antes de la Constitu

ción de 1952 con la Justicia Letrada de Hacienda y de lo Contencioso Administrativo.

En cambio, no existe una opinión formada --más bien hay una cierta renuencia-- en la Comisión en cuanto a admitir la separación o la opción para el accionante entre el Contencioso de Anulación, y el Contencioso de Reparación, no porque se haya formado opinión acerca del acierto de una u otra tesis, sino porque observamos que sigue habiendo vacilaciones y opiniones encontradas, y que autorizados profesores como Korzeniak y Giorgi siguen aferrados a la tesis tradicional. También parece ser ésta la opinión del actual Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de dónde nos surge el temor de que si consagramos una solución innovadora respecto de la tradicional en esta nueva Ley Orgánica, luego tengamos la tacha de inconstitucionalidad y la posibilidad de que la Corte la declare con los perjuicios prácticos consiguientes.

Se nos ocurrió otra solución que no ha sido acogida por la Comisión, sino que simplemente la hemos estado barajando en las últimas reuniones, en el sentido de algo que dijo el doctor Cassinelli Muñoz, es decir, que ante un mismo Juez de Primera Instancia, pudiera plantearse la acción anulatoria y la reparatoria, lo cual tendría el beneficio de no tener que hacer dos juicios, con el ahorro de tiempo consiguiente, y, al mismo tiempo, no ser pasible de la tacha de inconstitucionalidad, porque la sentencia reparatoria siempre estaría precedida del previo acogimiento de la demanda de nulidad o de la acción anulatoria.

El doctor Cassinelli Muñoz nos decía que habría que dejarle al accionante la posibilidad de pedir sólo la anulación si considera que con ello se satisface mejor o más rápidamente o más plenamente su derecho, lo cual no parece discutible, porque no puede haber ninguna obligación de pedir la reparación. Ese es un derecho potestativo del accionante; si quiere pide la indemnización de los perjuicios que el Estado le pueda haber causado y si quiere no los pide.

Al mismo tiempo impediría la otra tacha, es decir, no se nos podría decir que primero pidió la reparación y que el acto no estaba anulado, porque en la misma sentencia primero habría que anular el acto y luego disponer la reparación.

Nos parece que de esa manera se juntarían los dos beneficios que se están buscando: el ahorro de tiempo y no tener el

problema de que se diga que disponer la reparación separadamente de la anulación es inconstitucional.

Mi pregunta es: ¿le parece al doctor Cassinelli Muñoz que esa solución es viable desde el punto de vista práctico y constitucional?

SEÑOR CASSINELLI MUÑOZ.- Es la solución más conveniente dentro de las dudas que tengo.

SEÑOR AGUIRRE.- En esa hipótesis no operaría para el accionante la opción de pedir sólo y separadamente la reparación. Esto no se podría hacer.

De todas maneras, se obtiene la sentencia anulatoria en el mismo acto, en la sentencia, se establecería si hay lugar a la reparación y el quántum de los perjuicios.

SEÑOR CASSINELLI MUÑOZ.- Comparado con la libertad de iniciar la reparación sin la anulación, lo que se pierde es la posibilidad de reclamar la reparación porque se le venció el plazo de la acción de nulidad. Ese es el caso más trágico que se plantea en la práctica tradicional, es decir que cuando viene el cliente después de los diez días, ya no se puede iniciar ningún recurso y los perjuicios causados, así sean millonarios, no tiene lugar, como si se tratara de una prescripción de diez días totalmente contraria a los principios generales.

SEÑOR AGUIRRE.- En esta hipótesis de la creación de los Juzgados Letrados de Primera Instancia, hemos estado planteándonos, luego de un análisis en el cual preveíamos que si estos Juzgados se creaban iban a tener competencia en toda la materia anulatoria, la posibilidad de que cada juzgado o cualquiera de ellos pudiera tener una especialización en algún sector del Contencioso de Derecho Público. Por ejemplo, que pudiera haber un Juzgado con competencia en todo lo relativo a las reclamaciones de los funcionarios públicos, un Contencioso del funcionario público.

Conversando con el doctor Valdés Costa, dada su especialización en la materia tributaria, nos planteábamos la posibilidad de que al mismo tiempo actuara un juzgado competente exclusivamente en el Contencioso Tributario, posibilidad que él avalaba con distinta y abundante referencia al Derecho Comparado.

Me gustaría conocer la opinión del doctor Cassinelli Muñoz sobre esa posibilidad, es decir, si la considera viable y conveniente.

SEÑOR CASSINELLI MUÑOZ.- Sería conveniente si estadísticamente hubiera una distribución equitativa de estos asuntos. Los Juzgados civiles tienen muchísimas más instancias en materia especializada que los Juzgados especializados.

Habría que ver de que los dos o tres sectores que se hicieran tuvieran un volumen parecido.

Esto daría lugar, como inconveniente, a las contiendas de competencia.

Pienso que la especialización podría ser demasiado especializada. Podría ser una sola persona que hiciera reclamaciones de funcionarios en cuanto a la carrera administrativa.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si bien el doctor Valdés Costa se expresaba en los términos en que lo acaba de hacer el señor Senador Aguirre, señalaba su preocupación en cuanto a los riesgos de una excesiva especialización de un Magistrado en una determinada materia. Recuerdo que le planteaba otra posibilidad. Sí puede haber una primera instancia, pero no distribuir en razón de materia sino en base a turnos en los cuales cada uno de los magistrados de primera instancia entendiera en todo en lo que en definitiva es competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si de lo que se trata es de aligerar el trabajo, me parece muy bien la sugerencia hecha por el doctor Cassinelli respecto a permitir la acumulación de la demanda de nulidad y de la acción reparatoria. Eso me parece perfectamente posible, creo que es deseable pues simplifica las cosas. Pero todos esos jueces tienen competencia tanto en la materia fiscal, el estatuto del funcionario y en todas las demás que interviene el Tribunal.

SEÑOR CASINELLI MUÑOZ.- Es una especialización suficientemente importante la del Derecho Público. A su vez subespecializaciones corren el riego de que se unilateralicen en una rutina co

hrm.5

mo si hicieran solamente jucios ejecutivos.

SEÑOR CERSOSIMO.- No quiero perder la oportunidad de hacer las preguntas que le habíamos formulado a los profesores Valdés Costa y Martins y que fue expuesto aquí por el señor Decano de la Facultad de Derecho en la visita que nos efectuó.

Concretamente, el asunto es el siguiente: ¿es usted partidario de que pueda iniciarse en este proyecto, aunque tímidamente, un principio de oralidad en este juicio Contencioso Administrativo, en este proyecto de ley, que iniciemos un sistema de oralidad que a través de la palabra muy autorizada, en todo sentido, del señor Decano de la Facultad de Derecho, es algo así como lo estima un desiderátum en esta especie y en otras?

SEÑOR CASINELLI MUÑOZ.- En líneas generales, en todo tipo de juicios, la oralidad es muy atractiva, por la concentración e inmediatez a que da lugar la velocidad en ordenar la sentencia.

Pienso que las costumbres generales son contrarias a eso, pues el establecimiento de golpe de ese sistema de oralidad podría tener resultados imprevisibles.

En materia concreta de lo Contencioso Administrativo, hay casos en que es conveniente que el pleito demore porque de esa demora se pueden obtener otros elementos que pueden subyacer en determinado pleito por ejemplo, administrativo.

Hubo casos en que se hizo justicia gracias a que el juicio duró cuatro o cinco años. No sé si esto es un argumento a favor del procedimiento escrito. En cambio, pienso que es conveniente que haya dentro del procedimiento escrito alguna etapa oral. El informe in voce era preferible para aclarar algunos problemas que se planteaban por ejemplo, por primera vez en lo Contencioso Administrativo y que exigían precisión para evitar mal entendido y un fallo injusto. Pienso que sería conveniente que hubiera alguna etapa de oralidad antes de la instancia, aunque fuera el informe in voce.

hrm.6

25 X

SEÑOR AGUIRRE.- Respecto a la situación del informe in voce en la segunda instancia opino de la misma manera en que lo está haciendo el doctor Cassinelli. Entiendo que es absolutamente necesario restablecer ese informe.

Sobre un mismo tema deseo hacerle dos preguntas al doctor Cassinelli.

Los compañeros de la Comisión recordarán que quienes se opusieron al establecimiento de la segunda instancia, fundamentalmente, cuando comparecieron el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, y el Procurador Adjunto, el doctor Gambarota --y creemos que también es la opinión del propio Tribunal, según trascendidos que tenemos-- lo hicieron por la necesidad de mantener o conservar la uniformidad de la Jurisprudencia, valor discutible al criterio de la Comisión.

Desde ese punto de vista, cuando nos visitó el doctor Korzeniak sostuvo que aunque en nuestro derecho, la Jurisprudencia por supuesto, no es fuente de Derecho, existen en el Derecho Comparado determinados sistemas o previsiones que él no especificó, que permiten, por ejemplo, que existiendo una decisión del órgano de alzada, en este caso, de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo, reiterada, dos, tres, cuatro o cinco veces, ese precedente, pueda en alguna medida ser obligatorio para el órgano de primera instancia.

Esa sería la primera parte de la pregunta. La siguiente deriva de una idea que yo tuve.

Una de las objeciones que hizo el doctor Giorgi --si no recuerdo mal-- fue sobre el riesgo que se podría crear cuando se impugnaban decretos, es decir, actos reglamentarios. Si había varios órganos de primera instancia, podría haber pronunciamientos distintos, unos admitiendo la legitimidad y otros la ilegitimidad, por lo tanto disponiendo la anulación del acto y cómo se resolvía esa contradicción.

Pensé que una solución podía ser en esos casos, es decir, cuando hay anulación de un acto reglamentario por el Juez de primera instancia, establecer la apelación preceptiva, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrati-

vo, de modo tal que nunca pudieran quedar dos sentencias contradictorias ejecutoriadas simultáneamente.

Esa sería la segunda pregunta.

SEÑOR CASSINELLI MUÑOZ.- Podría ocurrir con la única instancia al Tribunal. Pongo aquí el ejemplo de lo que ocurrió cuando dos arquitectos impugnaron un ascenso en el Municipio. Pero cuando esto se resolvió resulta que ya había otra vacante. Se dictaron dos sentencias, que salieron tres a dos, en sentido contrario, una confirmando el acto y otra anulándolo, ambas simultáneamente y con la misma fecha.

Cuando el Municipio recibió la notificación, no sabía qué hacer. Se trataba de un solo Tribunal. Ese riesgo es inherente al hecho porque tiene sus límites objetivo y subjetivos y no hay ninguna imposibilidad lógica jurídica de que hayan dos instancias que digan lo contrario. Se aplica en su ámbito de cosa juzgada. La existencia de órganos de primera instancia que tuvieran jurisprudencia, se elimina con la segunda instancia. Sea por la vía de la apelación o de la casación.

Lo que se quiere no es un espectáculo de Jurisprudencia diferente, es una fórmula usual en derecho Comparado. Son normas que se establecen a través de la doctrina y de las formulas en determinadas circunstancias. Varias veces se habló de fórmulas primarias como ocurría en la legislación argentina. Personalmente no soy partidario de esa solución, que es híbrida, que desvirtúa los principios de las fuentes del derecho tradicionales del Uruguay y que tiende a suplir una omisión de la ley. Cuando sucede eso se nota que es por la falta de una ley interpretativa y se sustituye por un órgano que no tiene esa función dictando normas con carácter general. La vía es incorrecta, no tiene ningún carácter de hibridez.

Habrá que canalizar las dificultades jurisprudenciales oscilantes por la vía de la decisión legislativa a fin de dictar normas a nivel general y no asimilarle una función que, en realidad, sería sustancialmente legislativa a órganos cuya estructura está pensada en función jurisdiccional.

SEÑOR AGUIRRE.- Pienso que sería conveniente --y, además,

25 x

es una atención que los miembros de esta Comisión deben al doctor Cassinelli Muñoz --no olvidar la primera parte de su exposición en la cual puso de manifiesto su preocupación-- que según tengo entendido es compartida por otros abogados y jurisconsultos que habitualmente litigan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En el sentido de que se dicten normas que resuelvan el grave problema de la incertidumbre que crea la existencia de disposiciones vigentes --aunque inconstitucionales-- que establecen plazos distintos para recurrir en vía administrativa, con todas las dudas que ello genera. En tal sentido, si el profesor Cassinelli Muñoz no lo considera un trabajo excesivo, ya que él tiene esa grande y legítima preocupación, le solicitaríamos que nos hiciera llegar algún breve articulado que pudiera resolver ese problema. Por supuesto que en Comisión no se ha planteado, ni siquiera, la posibilidad de adelantar parte de su trabajo para solucionar esa dificultad práctica fuera de la Ley Orgánica.

Como todos somos conscientes de que esta ley es muy compleja y que su sanción va a llevar cierto tiempo, atento al exceso de trabajo que tienen las dos ramas del Parlamento, solicitaríamos que el doctor Cassinelli tuviera la deferencia de hacernos llegar un pequeño anteproyecto para que la Comisión pudiera considerar la posibilidad de sancionar un texto separado --como ya sancionó el Senado-- clarificador y, en cierto sentido, ampliatorio de la competencia de los actuales Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo que está esperando ser considerado por la Cámara de Representantes.

SEÑOR PRESIDENTE.- Existe un aspecto formal que hay que salvar previamente y es que la Comisión debe aprobar lo que propone el señor Senador Aguirre, ya que lo hace en nombre de la Comisión.

Queda aprobada la sugerencia del señor Senador Aguirre.

Por otra parte, creo que sería realmente importante tratarlo con una razonable anterioridad al otro punto, a fin de darle una solución real a los problemas del conflicto de competencia que existe en este momento.

Finalmente, agradecemos la concurrencia a la Comisión del profesor Cassinelli Muñoz advirtiendo que seguramente

queda abierta la posibilidad de que invitemos nuevamente a los doctores Valdés Costa y Martins a fin de solicitar su colaboración.

Se levanta la sesión.

(Es la hora 17 y 50 minutos.)

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
INSTITUTO DE FINANZAS PUBLICAS
INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

ARTICULO ADITIVO A LA LEY DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

texto

Las reclamaciones por devolución de pagos efectuados indebidamente por cualquier motivo a entes públicos, podrán plantearse, en todos los casos, en sede administrativa o en sede judicial, a opción del interesado; la utilización de una de esas vías no obstará a la utlización en cualquier momento, de la otra. Dicha opción también regirá cuando el pago se haya realizado en cumplimiento de un acto administrativo, pero en ningún caso procederá la devolución de lo pagado si el acto, fue consentido expresamente o si, impugnado en vía administrativa, fuere confirmado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por razones de fondo. Si se acreditare que se encuentra en trámite la acción anulatoria, se suspenderá la acción de reparación hasta la finalización de aquélla.

En todo caso que se devuelva o compense una suma de dinero al interesado, salvo que fuere por decisión judicial, se deberán intereses desde la fecha del pago hasta la de devolución o compensación; los mismos se calcularán a la tasa aplicable a los créditos del Estado, según lo dispuesto por el artículo 33 del Código Tributario y se abonarán o acreditarán conjuntamente con el capital. Si la devolución fuera ordenada por sentencia judicial se aplicarán las normas relativas al reajuste de las obligaciones y al cumplimiento de las sentencias por parte del Estado.

Las sumas que en definitiva corresponda devolver y sus intereses o, en su caso, los reajustes y accesorios legales, deberán pagarse en efectivo salvo acuerdo de partes.

En sede judicial conocerán los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y el procedimiento será el que rija para los incidentes.

Este régimen será aplicable también en lo pertinente, a las reclamaciones ante las personas de derecho público no estatales.

7. VII. 86

Fundamentos

Los Institutos de Finanzas Públicas y de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales han decidido propiciar la sanción de una disposición legal, dentro de la ley orgánica de lo Contencioso Administrativo, que regule la devolución de los tributos pagados indebidamente, por cualquier concepto, por entender que existe un vacío legal que ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria y perduraría de acuerdo con los proyectos de ley a consideración del Poder Legislativo, que no contienen normas al respecto.

Si bien predomina en la actualidad la posición de que los actos de la Administración que deniegan las peticiones de devolución no son susceptibles de anulación por el TCA, no existen normas vigentes, ni en proyecto, que establezcan cual es el procedimiento administrativo y judicial para la tramitación de este tipo de reclamación y para su posterior ejecución.

Por lo tanto en el caso de que prospere la tesis de la incompetencia del T.C.A. que parece ser lo más probable, se plantearían diversos problemas:

a) Si la reclàmación administrativa prevista en el art. 75 y sig. del C.T. es presupuesto procesal de la acción ante el Poder Judicial o si es una vía optativa para el interesado.

b) En el caso de que dicha reclamación fuera preceptiva, si regirían los plazos para pronunciarse y si la resolución denegatoria del órgano recaudador debe ser impugnada mediante los recursos del art. 317 de la Constitución. Es decir si sería necesario agotar la vía administrativa, prevista como presupuesto de la acción de anulación ante el TCA.

c) Cuales serían los órganos del Poder Judicial competentes y cual el procedimiento.

d) Cómo debe hacerse efectiva la resolución administrativa o judicial que reconoce el derecho a la devolución.

25×

El proyecto que se somete a consideración del Poder Legislativo soluciona los problemas antes enumerados en la siguiente forma:

a) Por razones de economía procesal se da opción al interesado para plantear su reclamación en vía administrativa o judicial. En muchos casos la primera puede ser la más adecuada, por ejemplo, en las devoluciones dispuestas por la ley, como en el caso del IVA sobre los bienes exportados y en aquellos en que hay coincidencia de interpretación entre administración y contribuyente. Para el caso de demora o denegatoria de la Administración, éste tendría siempre y en cualquier momento abierta la vía judicial, dentro de los plazos de prescripción o caducidad.

b) La resolución denegatoria no tendría que ser impugnada con los recursos constitucionales, ya que el agotamiento de la vía administrativa está prevista sólo para la interposición de la acción de anulación.

c) Se propone la competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, por considerarlos los más indicados en virtud de la materia controvertida. El procedimiento aconsejado es el establecido para los incidentes, ya que el objeto del juicio no presenta dificultades de prueba y es de interés común de las partes su breve duración.

d) Se establece expresamente el pago en efectivo del total que en definitiva corresponda devolver, es decir previa la compensación a que se refiere el art. 35 del C. T., salvo acuerdo de partes.

Las cantidades pagadas indebidamente devengarán intereses o reajustes, según los casos, desde el día del pago hasta el de devolución o compensación. Esta disposición viene a colmar un vacío de nuestra legislación y se apoya en la doctrina y derecho comparado de América Latina que unánimemente la preconizan. Encuentra su fundamento en el principio de la igualdad de las partes de la relación jurídica tributaria de caracter substancial, (es

25x

decir la relación de crédito y débito de una suma de dinero) en la que están sometidas por igual a la ley y a la jurisdicción.

Este principio, incorporado a las legislaciones latinoamericanas, cuenta con apoyo doctrinal tan significativo como el manifestado en la VI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en Punta del Este en 1970, a las que concurrieron representantes de todos los países sudamericanos, de Costa Rica y de prestigiosos Organismos internacionales. En la doctrina extranjera existen numerosos pronunciamientos al respecto. En los Anexos No. 1 y 2 se hace referencias concretas a las manifestaciones más importantes de la Doctrina y del derecho comparado latinoamericano. Se destaca al respecto,por su gran vinculación con las medidas propuestas el pronunciamiento de las VIII Jornadas Luso Hispanoamericanas de Estudios Tributarios, celebradas en Buenos Aires en 1978 en la que participaron destacados juristas y economistas de América Latina, España y Portugal.

Dr. Ramón Valdés Costa
Director
.tuto Finanzas Públicas

Dr. Daniel Hugo Martins
Director
Instituto Derecho Administrativo

ANEXO No. 1

ALGUNAS OPINIONES DOCTRINALES

CHRETIEN M. - A mon sens, il est trois idées essentielles qui dominent un tel sujet.

....

"Enfin, et surtout, la notion de garanties juridiques =présuppose= que, en cas de contestations entre le contribuable et le Fisc, les deux parties qui s'opposent soient placées, autant que possible, sur un pied d'égalité. D'une importance capitale, cette idée sera, en quelque sorte, le =leit-motiv= de ce rapport général. Elle mérite donc que j'y insiste."

....

"Il faut partir de ce postulat -je dirais volontiers de ce =dogme= - que le contribuable et le Fisc, sujet passif et sujet actif de l'imposition, doivent être placés, autant que possible, sur un pied d'égalité lorsqu'ils ne sont pas d'accord, en fait ou en droit, sur tout ou partie de la créance fiscale ou de la dette fiscale."

"Les garanties juridiques du contribuable a l'égard du fisc".
Informe Gral. a Congreso IFA, Viena, 1957, reproducido en Bull. Contributions Directes, París, 1957, año 126, No. 10, p. 430.

JARACH D. - Distingue la relación substancial de la formal reconociendo en esta última la existencia de ciertas facultades discrecionales.
En cambio la primera es una relación de carácter personal y obligacional, con obligaciones y derechos de ambas partes.
"es una relación de derecho y no de poder"...

"Las dos partes están en un pie de absoluta igualdad. Ninguna puede arrogarse más derecho que el que la ley ha establecido expresamente"...
"Sus derechos están fijados, en forma inalterable e intransigible, por la norma tributaria" (Finanzas Públicas y Derecho Tributario, B. Aires, Ed. Cangallo, 1985, p. 371 y 372.

En "Introducción al Derecho Fiscal" (1945) después de distinguir entre relación tributaria substantiva y relaciones formales, afirmaba: "Es de esencia de la relación tributaria substantiva la igualdad entre el Estado y el Contribuyente".
Al igual que Nawiasky, asimila las obligaciones tributarias a las privadas.
"Ambas partes....están sobre un mismo plano jurídico, sobre un pie de absoluta igualdad". Montevideo, Fac. de Der. y C. Sociales 1945, Cap. IV, p. 17. -

Modelo de Código Tributario para América Latina.

Comisión Redactora Carlos M. Giuliani Fonrouge, Rubens Gomes de Sousa y Ramón Valdés Costa.

....

"Lo fundamental en un proyecto de esta naturaleza es fijar posición acerca de las grandes cuestiones. En primer término, consagrar los principios jurídicos aplicables a las relaciones entre el Fisco y el contribuyente, armonizando la eficacia administrativa con las garantías individuales consagradas en las respectivas constituciones."

"La obtención de un equilibrio adecuado entre ambas partes es un problema de muy difícil solución, pero a juicio de la Comisión él debe emanar de la aplicación de los principios fundamentales de la legalidad y la jurisdiccionalidad, es decir, que Fisco y contribuyente están sometidos por igual a la ley y a la jurisdicción, que "no hay tributo sin ley que lo establezca" y que "nadie puede ser juez en su propia causa".

...

"El Art. 62 salva una omisión de la mayoría de las legislaciones. Si el deudor de la obligación tributaria debe pagar intereses por la demora en que incurriera, por aplicación del principio de la igualdad, el Estado debe también pagarlos cuando devuelve los tributos percibidos indebidamente. La parte final tiende a facilitar al Estado demandado el examen del reclamo y la posibilidad de allanarse al mismo, pues en razón de la organización de la administración pública no puede aplicarse un sistema similar al de los particulares."

VI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (Punta del Este, 1970)

Declaraciones, Recomendaciones y Resoluciones. Tema 1 - MODELO DE CODIGO TRIBUTARIO PARA AMERICA LATINA. Comité de Resoluciones : Dres: Juan Carlos Peirano Facio (Relator General), Dino A. Jarach (Miembro Informante), José Tomás Arriola, Geraldo Ataliba, Roberto Oscar Freytes, Oscar García Canseco, Carlos María Giuliani Fonrouge, Rafael E. Noboa, José Andrés Octavio, Italo Paolinelli Monti y Ramón Valdés Costa.

Resolución No. 1 - Las VI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Declaran:

25x

"Las soluciones contenidas en el Modelo recogen la doctrina latinoamericana de derecho tributario elaborada a lo largo de las Jornadas de nuestro Instituto y que puede resumirse en una amplia consagración de los principios de legalidad, tutela jurisdiccional e igualdad jurídica de los sujetos de la relación tributaria."(Aprobada por unanimidad)(IUDT Anales p. 9 a 11)

NAWIASKY HANS - (1926) "Tanto el acreedor y deudor se encuentran en la obligación tributaria, formalmente, uno frente a otro, del mismo modo que ocurre en la obligación privada; ambos sujetos, en cuanto a sus derechos y sus obligaciones, están determinados igualitariamente por las normas del ordenamiento jurídico"....
"En definitiva esta es la misma situación que se da cuando se considera al Estado como acreedor Civil, admitiéndose en este caso, sin dificultad alguna la igualdad del Estado como acreedor y el particular como deudor. Igualdad o equiparación significan igualdad ante el ordenamiento jurídico, y, por tanto, la negación de que uno de los sujetos tenga una posición preeminente respecto del otro".

"Es falso considerar que el Estado, como titular del crédito tributario tiene una posición superior al deudor. Su voluntad frente a éste no es una voluntad decisoria de carácter autónomo; por el contrario, el Estado sólo puede exigir lo que el ordenamiento jurídico le ha concedido" . (Cuestiones fundamentales de Derecho Tributario)(Traducción y Notas del Prof. Juan Ramallo, Madrid, Inst. de Estudios Fiscales, 1983, pág. 53 y 142.

VALDES COSTA, Ramón - "La relación jurídica tributaria es una relación de coordinación y no de subordinación, constituída, no entre el Estado y el particular, sino entre la Administración y el particular. El acreedor del Tributo, sujeto activo de la relación jurídico-tributaria , es la Administración fiscal. Esta actuaría pues, como Estado-administrador en contraposición a Estado-legislador y Estado-juez. En esa actuación como acreedor, el Estado-administrador se encuentra con respecto al contribuyente en un plano de absoluta igualdad. Los derechos y obligaciones de cada una de las partes se hallan establecidas únicamente por la ley, y sus discrepancias deben ser resueltas por los órganos jurisdiccionales."

"Este principio de la igualdad de las partes de la relación jurídico-tributaria puede decirse que es aceptado unánimemente en la actualidad. Son numerosos los desarrollos formulados al respecto por los más prestigiosos inves

tigadores de la materia. Pero si se analizan detenidamente esas posiciones se verá que ellas se refieren fundamentalmente al derecho tributario sustantivo. Dentro de éste, aparece como una aplicación del principio, de que no existe tributo sin ley que lo establezca. En cambio, en el derecho formal y en el procesal, abundan las dudas y las imprecisiones."

"Entiendo que la aplicación del principio de la igualdad a estos aspectos formal y procesal de la relación tributaria es de importancia fundamental y en consecuencia, debe merecer especial consideración." "El Principio de la Igualdad de las Partes" (Reconstrucción de las conferencias dictadas en la Facultad de Derecho de Córdoba (R. A.) y de La Plata, los días 25 y 27 de Setiembre de 1957) Bol. de la Fac. de Derecho de Córdoba, año XXII, Nos. 1, 2 y Revista Impuestos (B. Aires) 1957.

VIII JORNADAS LUSO-HISPANO AMERICANAS DE ESTUDIOS TRIBUTARIOS (Buenos Aires, 1978)

Tema I. Requisitos y condiciones para la repetición de los tributos.

Recomendación:

...

3. A efectos de la protección del derecho del interesado, se recomienda la estructuración de procedimientos abreviados, debiendo comprender la restitución, la actualización monetaria, pago de intereses y otros accesorios y la instrumentación de sistemas de compensación o la adopción de otros mecanismos dirigidos al mismo fin.

25×

ANEXO No. 2

INTERESES EN DEVOLUCIONES DE TRIBUTOS. DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

El Modelo de Código Tributario para América Latina (1967) establece en su artículo 61 el pago de intereses a cargo de los contribuyentes equivalente al corriente en plaza para el descuento bancario de los documentos comerciales. El art. 62 dispone:

"El artículo anterior es también aplicable a las deudas del Fisco resultante del cobro indebido de tributos. En tal caso los intereses se liquidarán a los.... días de la reclamación del contribuyente, o en su caso de la notificación de la demanda."

Los códigos que tomaron al Modelo como fuente incluyeron esta solución, salvo el C. T. uruguayo de 1974.

BOLIVIA El Código Tributario en su art. 59 dispone el pago de intereses a ... de los contribuyentes por pagos fuera de término, no inferiores al ...ario comercial. El 60 establece:

"El artículo anterior es también aplicable a las deudas del Fisco resultante del cobro indebido de tributos. En este caso, los intereses se liquidarán a partir de los treinta días de la reclamación del contribuyente, o en su caso de la notificación con la demanda".

Por ley de 20 de mayo de 1986, se introdujo la actualización de las deudas y de los créditos del contribuyente con el Fisco, en base a la cotización oficial del dólar, a partir de los 30 días de la reclamación del contribuyente o en su caso de la notificación de la demanda.

BRASIL El Código Tributario Nacional preparado simultáneamente con el Modelo y por coautores comunes, en su art. 167, parágrafo único, reconoce también intereses en favor del contribuyente en caso de devolución de lo indebido en los siguientes términos:

"A restitucão vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito en julgado da decicão definitiva que a determinar".

COSTA RICA El Código Tributario en su art. 57 dispone también el pago de interés a cargo del contribuyente equivalente al corriente en plaza para el descuento bancario de los documentos comerciales. El art. 58 establece:

"El artículo anterior es también aplicable a las deudas de la Administración tributaria resultante del cobro indebido de tributos. En tal caso los intereses se deben liquidar por el periodo transcurrido desde el vencimiento del plazo que establece el art. 47 de este Código y hasta la fecha de su crédito o del día en que se ponga a disposición del interesado".

ECUADOR El Código Tributario dispone en su artículo 21:

"Intereses a cargo del sujeto activo. Los créditos contra el sujeto activo por pago de tributos satisfechos en exceso o indebidamente, se liquidarán con el mismo interés que causen sus créditos contra los sujetos pasivos desde la fecha del pago".

PERU El Código Tributario, por lo menos a partir de la reforma de 1981, reconoce el derecho de los particulares a percibir intereses en caso de devolución.

El texto vigente a abril de 1986 establece:

"Art. 29(inc. cuarto) las devoluciones de pagos efectuados indebidamente o en exceso se realizarán en moneda nacional y devengarán intereses con la tasa que fije el Banco Central de Reserva para las operaciones de redescuento con las empresas financieras desde la fecha en que dicha devolución sea solicitada de acuerdo a ley, salvo disposición contraria de la misma".

VENEZUELA El Código Orgánico Tributario en su art. 60 sobre intereses a cargo de los contribuyentes dispone que liquidarán a una tasa equivalente al 12% anual, adicional al del redescuento que el Banco Central de Venezuela fije a los Bancos e Instituciones financieras. El art. 61 dispone:

"El artículo anterior es también aplicable a las deudas del Fisco resultante del pago indebido del tributo, y sus accesorios y sanciones. En tal caso los intereses se liquidarán a partir de los sesenta días de la reclamación del contribuyente o en su caso de la notificación de la demanda."

URUGUAY El Código Tributario del Uruguay, como ya se dijo se apartó de sus fuentes habituales, el Modelo antes citado y el Anteproyecto de 1970 en cuyo artículo 42 establecía:

25 X

"Intereses a cargo del Estado. Lo dispuesto por el artículo anterior es también aplicable a las deudas de la Administración Tributaria resultante de devoluciones decididas en vía administrativa o jurisdiccional".

-o-

Otros Códigos no relacionados con el Modelo adoptaron soluciones similares.

<u>ARGENTINA</u> El art. 115 de la ley No. 11.683, recoge el sistema de actualización de los créditos tributarios establecidos por la ley No. 21.281 de 2/IV/976, tanto en favor de la Administración como de los sujetos pasivos, en los siguientes términos:

"Establécese un régimen de actualización de los créditos en favor del Estado, administración central o descentralizada y de los a favor de los particulares, emergentes de impuestos, tasas, contribuciones y multas en la forma y condiciones que se indican en los artículos siguientes".

El Poder Ejecutivo al fundamentar el Proyecto de Ley expresaba: "Claro está que el régimen propuesto, por razones de estricta justicia prevé su simultánea y paralela aplicación en favor de los contribuyentes en sus reclamos de devolución y repeticiones, por existir, en tales casos similares razones en favor del temperamento a las indicadas en el supuesto anterior. A la exigencia de diligencia del contribuyente debe corresponder análoga exigencia a la Administración" (Versión citada por G. M. Giuliani Fonrouge y S. Navarrine, "Procedimiento Tributario", 2a. ed., B. Aires, Depalma, 1981, p. 464)

<u>CHILE</u> El <u>Código Tributario</u> en su art. 57 dispone:

"Toda suma que se ordene devolver o imputar por los Servicios de Impuestos Internos de Tesorería, por haber sido ingresada en arcas fiscales indebidamente, en exceso, o doblemente, a título de impuestos, reajustes intereses o sanciones, se restituirá o imputará reajustada en el mismo porcentaje de variación que haya experimentado el índice de precios al consumidor en el periodo comprendido entre el último día del segundo mes que precede al desingreso en arcas fiscales y el último día del segundo mes anterior a la fecha en que la Tesorería efectúa el pago o imputación según el caso. Asimismo, cuando los tributos, reajustes,

25X

intereses y sanciones se hayan debido pagar en virtud de una reliquidación o de una liquidación de oficio practicada por el Servicio y reclamada por el contribuyente, serán devueltos, además, con intereses del medio por ciento mensual por cada mes completo, contado desde su entero en arcas fiscales".

MEXICO El Código Fiscal de la Federación (texto vigente a partir de 1982) regula detalladamente la "devolución de las cantidades pagadas indebidamente y las que procedan de conformidad con las leyes fiscales", fijando un plazo de cuatro meses para efectuarla. "Si dentro de dicho plazo no se efectúa la devolución el fisco federal deberá pagar intereses conforme a una tasa que será igual a la prevista para los recargos..." Si el pago indebido se efectuó en cumplimiento de una determinación administrativa, los intereses se liquidarán "a partir de que se efectuó el pago".

25X